



Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas



Tesis:

**“Responsabilidad penal de los oficiales de cumplimiento
frente al acto ilícito de un miembro de la persona jurídica que
enerva el programa de cumplimiento normativo que tenía
bajo su vigilancia”.**

Asesor:

Dr. Cevallos de Barrenechea, Carlos Manuel Antenor

Presentado por:

Gonzales Briceño, Milagritos

Para optar:

Título Profesional de Abogada

Lambayeque, 2019

tesis denominada “Responsabilidad penal de los oficiales de cumplimiento frente al acto ilícito de un miembro de la persona jurídica que enerva el programa de cumplimiento normativo que tenía bajo su vigilancia”, presentada para optar el Título de Abogada, por:

.....
Milagritos Gonzales
Briceño

Bachiller

.....
Carlos Manuel A.
Cevallos De
Barrenechea
Asesor

Aprobado por:

.....
Abog. Carlos Manuel Martínez Oblitas
Presidente

.....
Mag. Ricardo Ponte Durango
Secretario

.....
Dr. Alejandro Lamadrid Ubillus
Vocal

UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
UNIDAD DE INVESTIGACION



ACTA N° 228

Sustentación para optar el Título de Abogada de doña: **Milagritos Gonzales Briceño.**

En la ciudad de Lambayeque, en Sala de sustentaciones de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo"; siendo las 5:00 p.m. del día viernes 06 de diciembre del 2019, se reunió el Jurado conformado por los Señores Catedráticos:

PRESIDENTE	: Abog. CARLOS MANUEL MARTINEZ OBLITAS.
SECRETARIO	: Mag. RICARDO PONTE DURANGO.
VOCAL	: Dr. ALEJANDRO LAMADRID UBILLUS

Con el objeto de calificar la sustentación de la Bachiller **Milagritos Gonzales Briceño**, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo mediante la Modalidad de Presentación, Sustentación y Aprobación de Tesis.

El señor Presidente invita a la sustentante para que exponga la Tesis titulada: "**RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS OFICIALES DE CUMPLIMIENTO FRENTE AL ACTO ILÍCITO DE UN MIEMBRO DE LA PERSONA JURÍDICA QUE ENERVA EL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO QUE TENÍA BAJO SU VIGILANCIA**".

Rendido por la bachiller: **Milagritos Gonzales Briceño**, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo", autorizada con Resolución N° 210-2019-UI-FDCP-UNPRG, de fecha 27 de noviembre del 2019, en cumplimiento al requisito para optar el Título Profesional de ABOGADA, exigido en el Reglamento del Vicerrectorado de Investigación y de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.


Obteniendo el siguiente resultado: *Aprobada* con la nota de *17.66* y el calificativo de *Buena* y apta para obtener el Título Profesional debiendo cumplir con las exigencias de las normas legales vigentes.

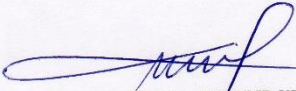
Siendo las *17:50* p.m., del mismo día, se da por concluido el acto académico suscribiendo los miembros del jurado la presente acta.

Se expide la presente a solicitud de la interesada, para los fines que estime pertinente.

Lambayeque, viernes 06 de diciembre del 2019


Abog. **CARLOS MANUEL MARTINEZ OBLITAS**
Presidente del Jurado


Mag. **RICARDO PONTE DURANGO**
Secretario del Jurado


Dr. **ALEJANDRO LAMADRID UBILLUS**
Vocal del Jurado.

DEDICATORIA

A Dios, por permitirme alcanzar mis sueños trazados.

A mis queridos padres MARINO y NANCY, quienes guiaron mi camino, me dieron impulsos para seguir adelante y no desalentarme en las dificultades, gracias por ayudarme en los recursos necesarios para estudiar, por formar mi carácter, el amor brindado y por confiar en mí al permitirme estudiar esta hermosa carrera lejos de casa.

A mis hermanas FIORELLA y NANCY por sus consejos, amor, comprensión, el coraje y los consejos brindados para conseguir mis objetivos y, a todas las personas que coadyuvaron a que la presente investigación se lleve a cabo.

La autora.

AGRADECIMIENTO

A mis padres, por velar por mi bienestar, por su empeño y dedicación para que sea una profesional de bien, por ser mi ejemplo a seguir; gracias por brindarme las herramientas necesarias en todo este proceso de aprendizaje, por la inmensa preocupación, confianza y entendimiento en este largo camino.

Al Dr. Carlos Cevallos, quien desinteresadamente aceptó ser mi asesor, me dio las pautas necesarias para poder llevar a cabo esta investigación y contribuyó con sus conocimientos en mi formación profesional dentro de mi vida universitaria.

A mis maestros, por brindarme las bases necesarias para poder culminar la carrera de leyes.

La autora.

INDICE

DEDICATORIA	4
AGRADECIMIENTO	5
RESUMEN.....	8
ABSTRACT.....	9
INTRODUCCIÓN	10
CAPITULO I: ASPECTOS METOLOGICOS	12
I. ASPECTOS METODOLOGICOS.....	12
1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.	12
1.1.1. Planteamiento del problema.....	12
1.1.2. Formulación del problema.	19
1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.	19
1.2.1. Justificación legal.....	19
1.2.2. Justificación doctrinaria.	20
1.2.3. Justificación jurisprudencial.	20
1.2.4. Importancia del estudio.....	22
1.3. OBJETIVOS.	23
1.3.1. Objetivo General.....	23
1.3.2. Objetivos Específicos.....	23
1.4. HIPÓTESIS.....	24
1.5. VARIABLES.	24
1.5.1. Variable independiente.	24
1.5.2. Variable dependiente.	24
1.6. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.	24
CAPITULO II: MARCO CONCEPTUAL	27
I. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO	27
1.1. CONSIDERACIONES GENERALES.....	27
1.1.1. Definición	27
1.1.2. Origen y Antecedentes	29
1.1.3. Naturaleza	35

1.2. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LOS CRIMINAL COMPLIANCE	38
1.3. TIPOS DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO	42
1.3.1. Los criminal compliance	42
1.3.1.1. Función Preventiva	43
1.3.1.2. Función de Confirmación de la Norma Penal	46
1.3.2. Los Anticorruption Compliance	48
1.3.3. Los Anti Money Laundering Compliance	52
II. LOS OFICIALES DE CUMPLIMIENTO	56
2.1. DEFINICIÓN	56
2.2. FUNCIONES ESPECÍFICAS	56
2.3. POSICIÓN DE GARANTE DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO	58
2.3.1. Posición de Garante	58
2.3.2. La Posición de Garante en el Ámbito Empresarial	60
2.3.2.1. Del Garante	60
2.3.2.2. Del Oficial de Cumplimiento	61
CAPITULO III: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS- LA RESPONSABILIDAD DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO	64
I. CONSIDERACIONES GENERALES	64
II. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO EN DIVERSAS LEGISLACIONES	66
CAPITULO IV: CONTRASTACIÓN DE LA HIPOTESIS	84
CONCLUSIONES.	95
RECOMENDACIONES.	98
BIBLIOGRAFÍA	102

RESUMEN

La lucha contra la corrupción ha generado, lo que podría considerarse, una actualización en la legislación peruana, al adoptar medidas internacionales a fin de evitar que no solo el ámbito público no se vea inmiscuido en este delito, sino que las empresas se comprometan a afrontar la problemática; es por ello que se reguló medidas internas denominados programas de cumplimiento normativo, creando incentivos a las personas jurídicas a fin de que las adopten, sea eximiendo o atenuándolos de la posible responsabilidad que le correspondería.

Estos programas de cumplimiento introducidos por primera vez en la Ley N° 27693- Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera y la Ley N° 30424, Ley que introduce la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, tienen la misión de evitar que dentro de la empresa se cometan delitos e incorporan el concepto de buen gobierno corporativo. La característica principal es que cuenta con un sujeto encargado de velar que este programa se ejecute y cumplir a lo que se ha comprometido, así como informar a los gobiernos directivos de la comisión de cualquier delito.

En el Perú, la regulación del oficial de cumplimiento es muy somera, en la lucha contra el lavado de activos, es la única materia donde se ha regulado su responsabilidad penal, sin embargo, considero que dicha regulación debe ser extendida, en parte, a la lucha de otros delitos, sin dejar de lado la aplicación del artículo 13° del Código Penal.

Palabras claves: *Programas de cumplimiento normativo, oficial de cumplimiento y posición de garante.*

ABSTRACT

The fight against corruption has led, as could be considered, an update in Peruvian law, by taking international measures to prevent not only the public sphere, form part of this fight, but companies from committing to confront problem. That is why domestic measures called compliance programmes were regulated, creating incentives for legal persons to adopt them, either by exempting or attenuating to their responsibility.

These compliance programs introduced for the first time in Law N ° 27693 - Law that creates the Financial Intelligence Unit and Law N ° 30424, Law that introduces the administrative responsibility of legal persons, have the mission of preventing that within the Company noncommits crimes and incorporate the concept of good corporate governance. The main feature is the account with a subject responsible for ensuring that this program is executed and fulfills what has been committed, as well as informing the governing governments of the commission of any crime.

In Peru, the regulation of the compliance officer is very brief, in the fight against money laundering, it is the only matter where he has his criminal responsibility, and however, he considers that said regulation must be extended, in part, to the fight of other crimes, without neglecting the application of article 13 of the Criminal Code

Keywords: Compliance programs, compliance officer and guarantor position.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como tema central al oficial de cumplimiento. Este sujeto es el encargado de velar que el programa de cumplimiento que una empresa adopte, - cuya regulación en el Perú encontramos en la Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera y la Ley N° 30424, Ley que introduce la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas-, se ejecute de manera correcta, proponga mejoras e informe a los órganos de administración de cualquier infracción y, en otros casos, participar en su creación.

Se escogió el presente tema debido al escándalo de corrupción que surgió en el Perú y en América Latina, en el que el sector privado, en connivencia con el sector público, priorizó intereses privados, generando el pago de sobornos en detrimento de la sociedad en general.

Es por ello que, el Estado peruano, a fin de evitar que tales hechos ocurran nuevamente y a fin de disminuir la desconfianza en la población; adoptó regular la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas e incluir dentro de esta regulación a los programas de cumplimiento normativo para contravenir delitos como el cohecho activo, pasivo, terrorismo, entre otros (recordando que estos programas de cumplimiento ya se han regulado en la lucha contra el lavado de activos). Los programas de cumplimiento no son más que medidas preventivas encargadas de evitar que las empresas sean utilizadas para cometer ilícitos y otorga incentivos como, exonerar o atenuar la posible responsabilidad administrativas de las empresas.

Sin embargo, como ya se mencionó, la investigación se centró en el oficial de cumplimiento, que sería el encargado de velar por la ejecución de estos programas; centrándonos, específicamente, en su responsabilidad en caso se incumpliese los deberes que asumió; logrando determinarse a través de una comparación con otras legislaciones, si corresponde o no atribuirle la calidad de autor o cómplice de un ilícito penal.

Durante el primer capítulo, además de expresar la problemática que nos llevó a plantearnos la presente investigación, expondremos la importancia y justificación que amerita el presente trabajo, así como los métodos y técnicas que nos permitió comprobar si nuestra hipótesis es la correcta.

En el segundo capítulo, iniciaré explicando sobre los programas de cumplimiento normativo, su definición, origen y los tipos de programas que existen, lo que nos permitirá definir los elementos necesarios que debe contener, dependiendo del programa que se desee adoptar, así como una pequeña referencia a la relación de los programas de cumplimiento y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Luego, en el tercer capítulo nos introduciremos, de plano, a explicar la figura del oficial de cumplimiento, su definición y sus funciones, así como determinar si a este le asiste una posición de garante ante las funciones que asumió, como velar el programa de cumplimiento y, de paso, explicar la relación que existe entre la posición que el oficial de cumplimiento que asume y el de los órganos de dirección.

Finalmente, de manera comparativa, describiré como diferentes legislaciones asume la responsabilidad penal de los oficiales de cumplimiento, así como en el Perú; luego de ello, unificar los puntos esenciales a fin de determinar si es posible atribuir responsabilidad penal a los oficiales de cumplimiento en caso de que un tercero, utilice a la persona jurídicas y cometa un acto ilícito, enervando el programa de cumplimiento normativo que el oficial de cumplimiento tenía bajo su vigilancia.

CAPITULO I: ASPECTOS METOLOGICOS

I. ASPECTOS METODOLOGICOS.

1.1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.

1.1.1. Planteamiento del problema.

La corrupción puede ser catalogado como uno de los problemas más complejos que afecta en gran medida a todos los países, tanto en sus ámbitos políticos, económicos y sociales. Implica el uso del poder con el fin de obtener un beneficio propio. La lucha contra este fenómeno delictivo se ha convertido en uno de los principales deberes de los Estados y la sociedad con el fin de lograr erradicarlo.

A nivel mundial, la corrupción ha ocasionado el resquebrajamiento de diferentes órdenes políticos, pues se ha visto inmiscuido en las esferas más altas de poder; en tanto que los gobiernos, en connivencia con empresas, se han enriquecido con el patrimonio del Estado a costas del interés nacional.

Como ejemplo de ello, tenemos lo sucedido en España, con el caso Gürtel, que provocó la censura del entonces presidente Mariano Rajoy ante el destape de corrupción en el que había participado su partido político- Partido Popular- y que se hizo público luego de la denuncia de un concejal del Ayuntamiento de Majadahonda- en la región de Madrid-, quien reconoció haber recibido 260 mil euros como sobornos. La red de corrupción era comandada por empresarios, quienes, mediante dádivas a funcionarios, conseguían aprobaciones irregulares, obviando códigos urbanísticos y medioambientales para llevar adelante proyectos inmobiliarios.

Sin ir muy lejos, en nuestro continente, específicamente en Latinoamérica, las investigaciones realizadas por el conocido caso Lava

Jato, puso en descubierto la red de corrupción que orquestó la empresa brasilera Odebrecht, cuyos altos miembros sobornaron a los principales personajes políticos de los países como Brasil, Argentina, Colombia, República Dominicana e incluso Perú.

Precisamente, la sociedad peruana opina que la corrupción se ha incrustado en las más altas esferas de poder; tal es así que la última encuesta publicada por el grupo el Comercio y realizado por Proética, revela que el 62% de la población cree que las autoridades o funcionarios se encuentran involucrados en actos de corrupción; en la misma línea, el 48.1% de las personas mayores de edad, encuestada por el Instituto Nacional de Estadísticas e Informática considera a la corrupción como el principal problema que afecta el país (La corrupción es el principal problema en el Perú, según INEI, 2017).

Cabe señalar que, los casos de corrupción que han golpeado al Perú no solo acaecieron en el gobierno central; los gobiernos descentralizados han sido también protagonistas de innumerables denuncias por la comisión de actos ilícitos; tal es así, que en la región Lambayeque, específicamente en su capital, los burgomaestres elegidos durante los dos últimos periodos de gobierno se encuentran siendo procesados por delitos contra la Administración Pública, al haber convenido junto a empresarios la adjudicación de obras públicas en la ciudad de Chiclayo.

Tras el escándalo y desarticulación de la red criminal “Los limpios de la corrupción” que se incrustó en el sillón municipal de la ciudad de Chiclayo- organización para delinquir presidida por el entonces burgomaestre Beto Torres-, en el año 2018, se puso en descubierto que el cobro de coimas continuó hasta el gobierno del alcalde David Cornejo Chinguel, quien empleó un *modus operandi* similar al de su antecesor.

La Fiscalía contra el Crimen Organizado del Distrito Judicial de Lambayeque, puso en evidencia que, los representantes de empresas constructoras al fin de alcanzar la buena pro en las obras que se tenían que realizar en la ciudad, otorgaban un “diezmo” a fin de ser los beneficiados con las adjudicaciones.

De los casos expuestos, se puede apreciar que la responsabilidad por los actos de corrupción se atribuye también al ámbito privado, específicamente a las empresas involucradas, que a comparación del Perú, han sido sancionadas penalmente en países extranjeros; pues la doctrina moderna del sistema civil law, en base a sus postulados, busca dejar de lado el principio del *societas delinquere non potest* y dar paso al *societas delinquere potest*, sea mediante transmisión de responsabilidad (heterorresponsabilidad) o con defectos en la organización (autorregulación); muy por el contrario a lo que regulaba el “*sistema anglosajón o de common law, en el que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es largamente reconocida desde el siglo XIX*” (Hurtado Pozo, 1996, pág. 143).

Sin lugar a dudas, la motivación por parte de los funcionarios públicos y altos directivos de la empresa para obtener ingresos adicionales a los que perciben, es sumamente fuerte, aunado a la “*pobreza y los reducidos y decrecientes sueldos de la administración pública*” (Gray & Kaufmann, 1998, pág. 9), son considerados como las principales causas de la corrupción.

Asimismo, la existencia de deficientes mecanismos de control en los entes de gobierno y dentro de las propias empresas, contribuyen a la realización de los actos de soborno, sin obviar la percepción por parte de los ciudadanos de la presencia de dichos sistemas ineficaces (Mejía Mori, 2001, pág. 211).

Becerra (2000), citado por Alanis Figueroa y De la Paz (2003), refiere que *“la cultura de la corrupción puede explicarse en parte por la historia política y las costumbres sociales particulares de cada país; ésta se consolida cuando la impunidad es frecuente, es decir, “en un entorno en el que buena parte de los delitos de corrupción no se investigan, no se detectan o no se castigan””* (pág. 7).

Para dar solución a este fenómeno que se ha inmiscuido en la sociedad, es necesario conocer las razones por las que surge, y a partir de ellas establecer cuáles son los mecanismos adecuados que pueden acogerse los gobiernos para prevalecer el orden democrático que resulta ser el principal afectado por la corrupción; además, conociendo el origen del problema se puede plantear reformas políticas y jurídicas para su lucha.

Partiendo de esta idea, se trae a colación las medidas que tanto la doctrina y legislaciones internacionales han planteado y que pretenden, no solo erradicar, si no prevenir la corrupción, deseando implantar en el ordenamiento jurídico, leyes que brinden confianza en los ciudadanos sobre la transparencia en el gasto de los recursos públicos, los contratos que celebren el Estado con las empresas privadas, entre otros.

Aunado a esto, las propias personas jurídicas, están adoptando normas que ayuden a mejorar su gestión interna, para evitar la facilitación en la comisión de actos ilícitos, sea a favor de ellos mismo o de la empresa, implementándose, de esta manera, guías de buenas prácticas que son de obligatorio cumplimiento para los más altos entes corporativos de las empresas y el personal que labora en dichas entidades.

Es necesario agregar que, dentro de esta regulación, se le ha dado gran relevancia el papel que juegan los órganos encargados de su cumplimiento,

siendo hasta ahora tema de debate dilucidar si es que deben asumir responsabilidad en los casos en que los miembros de la persona jurídica incumplan dichas medidas preventivas.

No siendo ajeno a ello, el Estado Peruano, conocedor de que las empresas, se encuentran involucradas en la comisión de estos actos ilícitos, ha buscado incentivar mediante la promulgación de leyes la adopción de medidas preventivas contra la corrupción.

Por ello, como primera iniciativa de lucha, creó diversos organismos de derecho público, que buscan prevenir posibles infracciones legales en el desarrollo de las actividades privadas, por ejemplo, en materia de lavado de activos, en el 2002, se creó la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, que fue incorporada como Unidad Especializada a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, mediante Ley N° 29038 del 12 de junio del 2007, cuya principal función es prevenir que se cometa dicho tipo penal.

En igual sentido, la denominada Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores- hoy Superintendencia de Mercado y Valores-, propuso en el año 2002, un conjunto de reglas para las personas jurídicas denominado los Principios de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas, cuyo cumplimiento debía ser informado obligatoriamente por dichos entes en su memoria anual a partir del año 2004; posteriormente para el 2013, se publicó el Código de Buen Gobierno Corporativo, que establece las acciones y principios para el buen diligenciamiento de las sociedades peruanas (Palomino Ramírez W. J., 2008).

Advirtiendo que el lavado de activos, no sería la única conducta ilegal que podrían generar las personas jurídicas, la Comisión de Alto Nivel de

Corrupción- creada principalmente para proponer las políticas de corto, mediano y largo plazo para la prevención y lucha contra la corrupción de manera intersectorial e intergubernamental- ha iniciado la aplicación de su plan de trabajo, innovando la legislación peruana, dando un paso importante al regular el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas, mediante la Ley N° 30424 - Ley que regula la responsabilidad de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional.

Los doctrinarios peruanos han coincidido en señalar que la mencionada ley solo ha cumplido con normar lo necesario con el fin de que el Perú entre a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y que en el ámbito práctico no tendría una gran efectividad; sin embargo, a pesar de sus deficiencias, esta norma ha traído la importante regulación de un instrumento que sirve para mitigar los riesgos en la comisión de delitos contra bienes jurídicos colectivos: los *criminal compliance* o programas de cumplimiento normativo, que vienen a ser el conjunto de medidas y criterios que una empresa adopta internamente buscando que sus trabajadores obren de acuerdo a las leyes, directivas, pautas y en un sentido más amplio conforme a las reglas de la ética o la moral; regulaciones que hemos hecho referencia anteriormente.

Los programas mencionados tienen tanto una función preventiva de los delitos penales como una función represiva, y, debido a su efectividad, se aplica en distintas ramas del Derecho. Si bien es cierto, su aplicación a nivel nacional inició con la lucha contra el lavado de activos; con la nueva Ley N° 30424, estos programas entran a jugar un papel importante en la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por los delitos de cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, minería ilegal y crimen organizado.

Sin entrar a detallar la verdadera naturaleza de la responsabilidad que imputa la Ley N° 30424 a las personas jurídicas, su promulgación ha iniciado interesantes debates acerca de cómo los programas de cumplimiento deberían ser regulados en el Perú, desde su creación, su ejecución hasta su supervisión; no obstante, que la ley en comento ya se encuentra en vía de ser reglamentada, existen vacíos legales que considero interesante abordar y poder, de esta manera, conocer doctrinalmente, sobre la poco conocida figura del *criminal compliance*.

Enfocándome, principalmente, en analizar si los órganos encargados de la vigilancia de los programas de cumplimiento normativo asumen una responsabilidad penal, cuando un trabajador comete un delito y en consecuencia la persona jurídica es sancionada por ello; tomando como base la regulación existente sobre la Lucha contra el Lavado de Activos y las leyes que versan sobre la materia- Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF-Perú) y el Decreto Supremo N° 020-2017-JUS que lo reglamenta- donde se ha realizado un mayor desarrollo legislativo en el Perú y que servirá para dilucidar la problemática que se ha planteado en la presente investigación.

En consecuencia, este trabajo será oportunidad para interpretar los artículos que tratan sobre las funciones y deberes de los oficiales cumplimiento normativo dentro de las empresas que opten por implementar un modelo de prevención a propósito de la creación de la Ley N° 30424, para así poder establecer si es que, debe asumir responsabilidad penal, en caso se produzca la inobservancia de programas en el interior de la persona jurídica y determinar si nos encontramos ante delitos de comisión por omisión.

1.1.2. Formulación del problema.

¿Cuándo un miembro de la persona jurídica que ha implementado un programa de cumplimiento normativo, al amparo de la Ley N° 27693¹ o la Ley N° 30424², comete un acto ilícito en favor de la empresa, los oficiales de cumplimiento deben responder penalmente por la inobservancia de dicho programa que tenían bajo su vigilancia, al asistirle un deber jurídico de garante, en mérito al artículo 13 del Código Penal?

1.2. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.

1.2.1. Justificación legal.

La problemática planteada radica en que la figura del oficial cumplimiento ha sido introducida, en un primer momento, en el ordenamiento jurídico peruano, en la lucha contra el lavado de activos mediante la Ley N° 27693, que crea la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú; ámbito en el que se ha obtenido importantes resultados desde su aplicación y sobretodo un importante desarrollo legislativo.

Con la publicación de la Ley N° 30424, esta misma figura jurídica ha sido regulada – y en consecuencia la del oficial de cumplimiento- en el ámbito de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas; sin embargo, ha sido tratada de manera somera.

Tal es así, que la referida ley presenta vacíos legales respecto a los deberes del oficial cumplimiento y si se le debería atribuir una posición de garante y, en consecuencia, responsabilidad penal en caso de que el programa de cumplimiento normativo que tenía bajo su vigilancia, no cumple su finalidad.

¹ Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera.

² Ley que introduce la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional.

1.2.2. Justificación doctrinaria.

El estudio doctrinario sobre los programas de cumplimiento normativo y los oficiales de cumplimiento, ha evolucionado considerablemente; ejemplo de ello es la creación de la Asociación Peruana de Compliance (APC) desde marzo del 2018 que se ha encargado de la difusión del conocimiento científico sobre este tema, sin embargo, tal difusión ha tenido lugar gracias a un grupo pequeño de auditores y abogados especializados en derecho penal económico, pues, al ser una figura jurídica relativamente nueva en nuestro ordenamiento jurídico, las producciones de investigación sobre este tema son escasos.

Aunado a ello, es que, en los planes de estudios de las universidades, el tema de los criminal compliance son inexistentes; en tal sentido, considero que el presente trabajo se justifica por el suscitado interés que ha tenido luego de la entrada en vigencia de la Ley 30424; además, este tema resulta de provecho para los profesionales de derecho debido a que, su puesta en práctica los inmiscuye, siendo importante su investigación a profundidad.

1.2.3. Justificación jurisprudencial.

A la fecha no se ha emitido ninguna jurisprudencia respecto a la responsabilidad de los oficiales de cumplimiento; esto se debe a que, la figura del criminal compliance y la Ley de Responsabilidad Administrativas de las Personas Jurídicas ha sido recientemente publicada, por lo que – y como ya se ha expresado- el estudio y capacitación de dichos temas en nuestros jueces, fiscales y abogados libres está en su fase inicial.

Y, si bien, en materia de lavado de activos, el ordenamiento jurídico peruano ya utilizaba esta figura; el Poder Judicial, solo ha emitido un pronunciamiento sobre la materia mediante Resolución Administrativa N°

467-2012-P-PJ: “Circular referida a la Reserva y Confidencialidad de la Identidad del Oficial de Cumplimiento en el Proceso Penal y su Responsabilidad Penal por Omisión de Comunicaciones Sospechosas”, cuyo fundamento décimo primero está relacionado con la presente investigación.

Sin embargo, a nivel internacional, la situación no es la misma, pues si existió mayor desarrollo jurisprudencial, por ejemplo en los países de Estados Unidos, lugar donde tuvo su origen; y, siguiendo este camino, encontramos a los países de Alemania, Chile y en España, en este último, con la modificatoria del artículo 31 del Código Penal en el 2015, se han publicado interesantes sentencias que hablan sobre las medidas preventivas para evitar la comisión de delitos por las personas jurídicas y los deberes de los encargados de su cumplimiento.

Además, se emitió la Circular de la Fiscalía General del Estado de 2016, que fue la primera en emitir un pronunciamiento sobre el tema de investigación, detallando que, la omisión de control por parte del oficial de cumplimiento conlleva a que sea penalmente responsable del delito cometido por el subordinado; además señala que, debido a la omisión de su deber de control, la persona jurídica también asumirá su responsabilidad penal.

Por otro lado, en Alemania, en la sentencia del 17 de julio del 2009, se estableció que, uno de los deberes de los compliance officer es la de impedir infracciones legales, asumiendo que efectivamente contarán con una posición de garante pues asumen ante los directivos la responsabilidad de impedir infracciones legales y delitos.

Cómo se puede ver, el avance jurisprudencial sobre estos temas, a nivel internacional está aún en desarrollo, y si bien en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en su fase inicial, resulta de gran utilidad tomar en

cuenta las decisiones tomadas por los tribunales de los ordenamientos jurídicos de otros países, para poder conocer acercarnos a una unificación y armonización de posturas sobre esta nueva institución jurídica.

1.2.4. Importancia del estudio.

La importancia del presente proyecto de investigación radica en la necesidad de contar con un estudio sobre los programas de cumplimiento normativo que permita, en primer lugar, conocer sus aspectos esenciales y analizar la insuficiente regulación que tiene en nuestro país.

Sin duda, esta investigación se centrará en la figura del oficial de cumplimiento - órgano unipersonal o colectivo que se encarga del funcionamiento de los criminal compliance en el interior de la empresa- y, permitirá conocer si es que tiene una posición de garante frente a terceros, cuando miembros de la empresa cometen un acto ilícito a favor de sí mismos o de la representada, tomando como base lo normado en la Lucha contra el Lavado de Activo y analizando si, con la publicación de la Ley N° 30424, es factible atribuirles un delito de comisión por omisión.

Asimismo, es necesario precisar que las conclusiones que se obtenga beneficiará, principalmente, a los estudiantes, quienes desconocen sobre el presente tema, por lo que será enriquecedor para nuestra formación académica, y, posteriormente, a nuestro desarrollo profesional, pues, nos permitirá mirar en otros campos de especialización, centrándonos por ejemplo en la lucha contra la corrupción en el ámbito privado, problemáticas que, en nuestro país, ha comenzado a regularse y que necesitará de profesionales aptos para su eficacia.

1.3. OBJETIVOS.

1.3.1. Objetivo General.

Determinar si cuando un miembro de la persona jurídica que ha implementado un programa de cumplimiento normativo, al amparo de la Ley N° 27693³ o la Ley N° 30424⁴, comete un acto ilícito en favor de la empresa, los oficiales de cumplimiento deben responder penalmente por la inobservancia dicho programa que tenían bajo su vigilancia, al asistirle un deber jurídico de garante, al amparo del artículo 13 del Código Penal.

1.3.2. Objetivos Específicos.

- Analizar la figura de los programas de cumplimiento normativo o criminal compliance, establecer su definición y estructura, así como los criterios para su correcta implementación.
- Examinar sobre la figura del oficial de cumplimiento normativo, a fin de conocer sus principales funciones en la ejecución y desarrollo de los programas de cumplimiento normativo y si les asiste una posición de garante.
- Comparar la regulación de los diferentes ordenamientos internacionales y cómo regulan la responsabilidad penal de los oficiales de cumplimiento.
- Proponer modificatorias a la Ley N° 27693⁵ y la Ley N° 30424⁶ a fin de delimitar la responsabilidad que les asiste a los oficiales de cumplimiento.

³ Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera.

⁴ Ley que introduce la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional.

⁵ Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera.

⁶ Ley que introduce la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional.

1.4. HIPÓTESIS.

Cuando un miembro de la persona jurídica que ha implementado un programa de cumplimiento normativo, al amparo de la Ley N° 27693⁷ o la Ley N° 30424⁸, comete un acto ilícito en favor de la empresa, los oficiales de cumplimiento no deben necesariamente responder penalmente, conforme al artículo 13 del Código Penal, ante la inobservancia de dicho programa que tenían bajo su vigilancia, al no asistirle un deber jurídico de garante.

1.5. VARIABLES.

1.5.1. Variable independiente.

Viene a ser la no atribución de posición de garante al oficial de cumplimiento.

1.5.2. Variable dependiente.

Viene a ser la no imputación de responsabilidad penal del oficial de cumplimiento debido a que no asume una posición de garante.

1.6. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

1.6.1. Métodos.

- **El método inductivo.** La aplicación de este método permitió estudiar el material de estudio, el mismo que sirvió de base para demostrar la hipótesis de trabajo, así como para la elaboración de las conclusiones y recomendaciones finales.

⁷ Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera.

⁸ Ley que introduce la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional.

- **Método sistemático jurídico.** - Este método fue empleado para realizar un análisis de nuestro ordenamiento jurídico, desde normas que encontraremos en el Código Civil, Penal, y las leyes que regulan la responsabilidad administrativa de las personas jurídica; que nos servirán para dilucidar la interrogante planteada en la presente investigación.
- **Método hipotético deductivo.** - Ha servido de sostén metodológico al momento de elaborar la hipótesis de trabajo, y durante nuestra investigación sirvió para comprender su naturaleza, hasta llegar a sus manifestaciones específicas para casos concretos.

1.6.2. Técnicas.

- **Documentales.** - Se utilizó fichas bibliográficas, fichas de investigación documental, a fin de sintetizar y ordenar los datos de las fuentes documentales, de textos que se hayan publicado en materia de Derecho Penal y Derecho Penal económico, específicamente, la literatura publicada sobre los programas de cumplimiento normativo.
- **Observación.** Mediante esta técnica se observó la realidad jurídica, y extraer la información pertinente al comportamiento de los oficiales de cumplimiento normativo.

1.6.3. Instrumentos.

- **La ficha.** - Es un instrumento que se utiliza en la técnica del fichaje, y sirvió para localizar las fuentes y también para almacenar la información que se va obteniendo durante la investigación.
- **La guía de observación.** - Instrumento que se utiliza en la técnica de la observación, y sirvió para realizar una observación directa no participante del objeto materia de investigación.

- **El análisis de sentencia.** - Se buscó jurisprudencia vinculada con el tema en investigación a fin de determinar los criterios interpretativos que se han dado a nivel internacional.

CAPITULO II: MARCO CONCEPTUAL

I. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO

1.1. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1.1. Definición

Partiendo de una definición etimológica, el término *compliance* proviene de la expresión *to comply with*, que significa “cumplir con”.

Como lo señala Hormazábal Malarée, en el derecho anglosajón se ha definido al *compliance* como un sometimiento al cumplimiento de las normas que regulan determinadas actividades (Arocena, 2018, pág. 7).

Ingresando al ámbito jurídico – penal, propiamente dicho, los programas de cumplimiento normativo son un conjunto de medidas internas adoptadas por una persona jurídica con el fin de evitar que sus miembros, mayormente personas naturales, sea ocupando un puesto de dirección o de menor escala; cometan delitos en favor de la empresa que representan, asimismo, constituyen incentivos para las misma, pues en caso se lleguen a cometer infracciones penales, la responsabilidad a recaer en la persona jurídica sea atenuada o exonerada.

Como lo señala García Cavero: “*el compliance constituye un mecanismo interno de supervisión en las corporaciones, cuya finalidad es asegurar la observancia de la ley en las actividades corporativas* (2017, pág. 31). En similar sentido, Gustavo Arocena (2018) precisa que los programas de cumplimiento normativo buscan establecer un plan de ejecución a fin de cumplir con la normativa interna o externa y prevenir que se cometan delitos o poner en conocimiento los que ya se han cometido para que sean sancionados conforme correspondan.

Los programas de cumplimiento no *tienen* como única finalidad evitar se cometan las infracciones penales, sino que, las personas jurídicas cumplan con el ordenamiento jurídico en su totalidad. E incluso, considerando la posibilidad de que el programa de cumplimiento no logre evitar que se cometa la infracción, la empresa tiene la obligación de adoptar los mecanismos para que, se detecten las irregularidades cometidas, se determine responsabilidades y se obtenga información de cómo se cometió, para poder imponer, posteriormente, la sanción que corresponde. (García Caverro, 2017, pág. 33)

Lo antes mencionado, sin duda define la finalidad preventiva y de detección de infracciones que se busca alcanzar a través de los programas de cumplimiento; sin olvidar lo que señala Nieto Martín, citado por A. Arocena (2018) cuando precisa que los programas de cumplimiento normativo además, deben cumplir con estándares de calidad que satisfagan deberes como prevención de riesgos medio ambientales, laborales, políticas de seguridad de la información y de responsabilidad corporativa.

Por otro lado, entrando en un debate más doctrinario, Thomas Rotsch citado por Caro Coria (2015) señala que, de manera básica, el compliance no debe ser definido como un cumplimiento del derecho, sino de un cumplimiento de las reglas, sin importar el carácter vinculante de estas; pues, a su criterio, definir al compliance como el cumplir con el derecho, sería equiparar dichos términos; asimismo, precisa que el compliance ha nacido en vista de que no es posible internalizar las normas por parte determinados sujetos y, precisamente, la falta de esta comprensión y desacato, es lo que impulsó la corriente de prevención.

El mismo autor, además, señala que es posible conceptualizar el compliance desde dos puntos de vista: organizativo y desde un punto de vista orientado a las medidas. El primero de ellos cobra realce para el

presente trabajo de investigación pues está relacionado con la entidad encargada de hacer cumplir los programas de cumplimiento, es decir, los oficiales de cumplimiento, y sobre todo, se inmiscuye en la posibilidad de que puedan asumir responsabilidad. En tanto en el segundo enfoque, “*se entiende la totalidad de las medidas que deben asegurar el comportamiento ilícito de los dependientes de la empresa*” (Caro Coria, 2015, pág. 16).

1.1.2. Origen y Antecedentes

Previo a conocer sobre el tema en estricto, es necesario explicar el origen de una nueva institución jurídica que se ha implementado en el ordenamiento peruano: Los programas de cumplimiento normativo o *compliance*. Estos han tomado mayor realce en Perú, a partir del año 2017, con la Ley N° 30424- “Ley que establece la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional”-, modificada por el Decreto Legislativo 1352. No obstante, es en materia de lavado de activos, cuando el legislador peruano dio sus pinitos al ingresar esta forma de prevención y control para las personas jurídicas, como detallaremos más adelante.

Considerando que, actualmente, las empresas, en su participación en diversas actividades económicas, se han convertido en “*principal foco de creación de riesgos, especialmente de los llamados “nuevos riesgos”*” (García Caveró, 2017, págs. 19-20); a nivel internacional, los Estados han convenido que deben establecerse medios que permitan prevenir que las personas jurídicas sean usadas para realizar actos ilícitos contra “*los intereses colectivos*” (García Caveró, 2017, pág. 19) o, en su defecto, corregir dichos vacíos dentro de la organización del ente que haya permitido la infracción.

La primera manifestación de los programas de cumplimiento normativo, fue durante los años setenta, en Estados Unidos, luego de que se

descubriera que las empresas estadounidenses pagaban sobornos a los políticos. Ello, ocasionó que, en 1977, el Congreso estadounidense expidiera la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados (“Foreign Corrupt Practices Act” o “FCPA”). Posteriormente, en los años noventa, se emitieron las famosas “*Federal Sentencing Guidelines*” que propiciaron la idea de implementar un eficaz programa de cumplimiento a fin de evitar el incumplimiento de la ley o, en su defecto la corrección temprana de esta (Paredes Seminario, 2018).

Antes de ello, específicamente en 1985, entraron a jugar parte importante el *COSO* (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*), integrado por profesionales que elaboraban criterios de acción y prestaron orientación sobre la “gestión empresarial, el control interno y el descorazonamiento del fraude” (Centro Europeo de Postgrado, 2019). En el año 2002, mediante las *Sarbanes Osley Acta* (*SOX*) se instauró la obligación de implementar los programas de cumplimiento normativo, principalmente en la lucha contra el lavado de activos (García Cavero, 2017).

Como se ve, se ha considerado a estos mecanismos de comportamiento éticos de la empresa como uno de los principales medios a fin de incentivarlas en adoptar, no solo criterios que regularicen el buen funcionamiento de su estructura interna, sino también como medio para exonerarlas de responsabilidad y no verse afectada si un miembro comete una infracción penal.

Sin embargo, si se quiere establecer cuál fue el origen, en específico, de esta forma de autorregulación interna, se podría señalar que fue creado por el concepto de “responsabilidad social corporativa”. Esto es y, así lo señala Percy García Cavero (2017), como la forma en que las empresas se

equilibran y adaptan a los denominados “nuevos riesgos” en el ejercicio de sus operaciones.

A partir de esta concepción, las empresas buscan proteger la “imagen” que proyecta ante la presencia de los referidos “riesgos” con el fin de, sobretudo, establecer un perfil de transparencia, es decir, reflejarse como un “buen ente corporativo”, a fin de generar una percepción de confianza frente a los demás. Precisamente, una de las manifestaciones de este buen gobierno corporativo es la incorporación de un órgano independiente que supervise el efectivo cumplimiento de estas medidas preventivas (Nieto Martín, 2013, pág. 24).

Justamente, para no ser ajeno a esta nueva corriente de prevención y teniendo como antecedentes de los *criminal compliance*; en el Perú, la denominada Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores- hoy Superintendencia de Mercado y Valores-, propuso en el año 2002, un conjunto de reglas para las personas jurídicas denominado los Principios de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas, siendo que, a partir del año 2004, las empresas, en su memoria anual, debían informar el cumplimiento de dichos principios, que abarcaban de un total de 26 normas de ética empresarial.

A partir de allí, y tal como lo plantea Adán Nieto Martín (2013), los códigos de ética han dejado de ser meras declaraciones para convertirse en normas de carácter obligatorio, generando, incluso que, su no utilización se considere pasible de una sanción administrativa para los trabajadores.

En el ordenamiento jurídico peruano, la evolución en su aplicación, parte en el año 2013, cuando se publicó el Código de Buen Gobierno Corporativo, las acciones y principios para el buen diligenciamiento de las sociedades peruanas (Palomino Ramírez W. J., 2008), dicho código

“incorpora los mejores estándares de buen gobierno corporativo identificados a nivel global y local, aplicables a la realidad peruana, poniendo especial énfasis en la dinámica de la Junta General de Accionistas (propiedad), el Directorio (administración) y la Alta Gerencia (gestión ordinaria), así como en la implementación de una adecuada gestión de riesgos” (Superintendencia de Mercado de Valores).

Asimismo, el artículo 25 del mencionado Código señala que, “el Directorio aprueba una política de gestión integral de riesgos de acuerdo con el tamaño y complejidad de la sociedad; define los roles, responsabilidades y líneas de reporte que correspondan; y promueve una cultura de riesgos al interior de la sociedad, desde el Directorio y la Alta Gerencia hasta los propios colaboradores (subrayado nuestro). En el caso de grupos económicos, dicha política alcanza a todas las empresas integrantes del grupo y permite una visión global de los riesgos críticos”.

Esta práctica de buen gobierno, incluso, reguló la figura de la “gerencia de riesgos”, quienes, conforme al artículo 24 del mencionado Código, asumirían la responsabilidad de su manejo, función que, podría asimilarse a la del encargado de cumplimiento normativo; y en caso de que dicho funcionario no sea regulado, correspondería a la gerencia general (García Caveró, 2017, pág. 30).

En la lucha contra el lavado de activos y financiación de terrorismo los deberes de cumplimiento normativo, han sido impuestos desde el año 2002, sin embargo, desde el 2007, entró a aplicarse con mayor rigor, mediante Ley N° 29038 del 12 de junio del 2007, cuando la Unidad de Inteligencia Financiera fuera incorporado como Unidad Especializada a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradora de Fondo de Pensiones (Palomino Ramírez W. , 2018).

Como sabemos, la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú es la encargada de recibir, analizar y transmitir información para la detección del Lavado de Activos o del Financiamiento del Terrorismo; así como colaborar a la ejecución por parte de los obligados del sistema de prevención para detectar y reportar operaciones sospechosas de Lavado de Activos o Financiamiento del Terrorismo (Superintendencia de Banca, Seguros y AFP).

Sin embargo, en el 2013, se volvió un deber jurídico adoptar los programas de cumplimiento normativo para las empresas autorizadas por la Superintendencia de Mercado de Valores, a fin de poder realizar sus actividades en el sistema económico peruano; considerando, además que, en materia como protección del medio ambiente y seguridad del trabajo, también se ha regulado estas medidas preventivas.

Pero, se podría decir que, desde el 21 de abril de 2016, con la publicación de la Ley N° 30424, que reguló la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas; se ha establecido como precepto legal la implementación de los programas de cumplimiento, otorgando la posibilidad de exonerarla o atenuarla cuando haya implementado con anterioridad o posterioridad dicho modelo de prevención penal, siempre que estos cumplan con determinados requisitos, los mismos que fueron descritos en el Proyecto de Reglamento de la Ley N° 30424, del 27 de febrero del 2018, que se basó, a su vez en los estándares internacionales fijados como ISO 19600, ISO 31000 y la ISO 37001, los que se deben exigir a fin de verificar que el sistema de cumplimiento de una empresa es eficaz.

No obstante, el propio Estado también asumió de manera responsable la lucha contra la corrupción, con la implementación del Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, por los años 2018 a 2021, elaborado por la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, en el que por sí

mismo se ha establecido como una de las acciones para garantizar la integridad en las contrataciones estatales: el “fomentar la implementación de programas de prevención o compliance contra la corrupción y otras prácticas cuestionables en el sector empresarial, independientemente del tamaño de la empresa y el rubro de negocio, asegurando la reglamentación de la Ley 30424 y su modificatoria”.

E incluso, mediante el Decreto Supremo N° 042-2018-PCM, se creó la Secretaría de Integridad Pública en la Presidencia de Consejo de Ministros, que, conforme lo detalla el artículo 13, se encargará de desarrollar los mecanismos e instrumentos para prevenir y gestionar los riesgos de corrupción en los que puedan incurrir los servidores y entidades públicas, detallando en su artículo 14, las siguientes medidas: Códigos y cartas de buena conducta administrativa, mecanismos de seguimiento de integridad pública, programa de integridad, lineamientos para la elaboración de informes de rendición de cuentas, registro de gestión de intereses, guía para el manejo de intereses, lineamientos para la gestión de conflictos de intereses, declaración jurada de intereses, mecanismos de reporte de denuncias y otros que persigan fines sustentados en la ética (Palomino Ramírez W. , 2018).

De todo lo expuesto, si bien, en el ordenamiento jurídico peruano también se ha desarrollado lineamientos generales sobre estas medidas, aún existe mejoras por hacer, sin embargo, las primeras regulaciones realizadas constituyen de por sí un gran avance, pues se han introducido los conceptos básicos que implica introducir un programa de cumplimiento, como la gestión de riesgos, políticas de integridad: códigos de ética, la transparencia, los canales de denuncias y, sobretudo se ha dado un papel importante al encargado del cumplimiento normativo.

Asimismo, las definiciones antes expuestas, podría llevarnos a deducir que el único motivo del compliance es cumplir con las normas, asemejándose a un concepto del derecho, como ya se expuso como una de sus definiciones. Sin embargo, el fundamento de esta figura jurídicas va más allá, entendiendo que se aplicará en un ente conformado por varias personas naturales, que realizarán diversas actividades e incluso tratando ser efectivo diversos intereses, que en muchos casos no se condicen con la finalidad con la que se ha creado la referida entidad colectiva, por lo que estos programas constituyen una efectiva medida de control a fin de evitar, precisamente, que los intereses particulares estén destinados a infringir la norma y se efectivicen en la empresa.

1.1.3. Naturaleza

La naturaleza de los programas de cumplimiento, podemos dividirla desde el punto de vista de su origen y desde el punto de vista de su contenido, y como lo describe Percy García Caverro citado por Wilmer Cueva Ruesta (2017), este último enfoque hace referencia al aspecto público- privado del mismo, *“(...) pues los parámetros de actuación que establece parten de la legislación expedita por el Estado, en la que se integran también estándares de actuación definidos por organismos internacionales e incluso por la propia política empresarial”* (pág. 43).

En tanto desde su origen, a su vez, se divide en dos etapas, en un primer momento, relacionada a una decisión estrictamente privada, luego con una intervención indirecta del Estado, que posteriormente fue incrementándose, hasta exigir de manera obligatoria los compliance como medidas de regulación interna (García Caverro, 2017).

En unos inicios, fueron las empresas, conscientes de los nuevos riesgos que se habrían generado, sobre todo ante la globalización y nuevas formas de comercialización, quienes optaron por ser ellas mismas las que buscaran

dar una imagen correcta ante sus inversores, junto a la propagación de una corriente de carácter ético; fundamentaron la naturaleza privada de los compliance, que incluyó la posibilidad de que una empresa también privada sea la que se encargue de exigir la implementación de los programas a fin de poder llevar a cabo una determinada actividad, claro ejemplo de ello, tenemos a la exigencia de las bolsas de americanas quienes a fin de permitir participación en el mercado, exigían las medidas preventivas (García Cavero, 2017).

Precisamente, esta naturaleza privada es denominada autorregularización, definida por Astudillo G. y Jiménez S. (2015) citado por Wilmer Cueva Ruesta (2017, pág. 44), como

“la actividad privada de creación y control del cumplimiento de normas y constituye un fenómeno que descansa en el principio de autonomía privada y, en concreto, en el derecho de asociación de las empresas convirtiéndose de esta manera en una cláusula que se contrapone a cualquier forma de regulación o intervencionismo estatal”.

Es decir, la autorregulación implica que las empresas adopten un comportamiento regulador a partir del carácter de las normas existentes, sin embargo, el contenido o las medidas adoptadas por dicho comportamiento no es vinculante.

Pese a ello, el Estado, vio una oportunidad y forma de colaboración por parte de algunas personas jurídicas en la lucha contra determinados delitos, por lo que, incentivando a otras, recomendó principios generales a fin de buscar homogenizar criterios respecto a la estructura de los programas de cumplimiento; tratando de esta forma que tengan efectividad en la realidad.

Posteriormente, al inmiscuirse de forma más directa, el Estado buscó subordinar esta nueva práctica de acuerdo a sus intereses, a partir del cual, se considera que la autorregulación ya no puede estar alejada de la

regulación estatal, pues esta última, a través de su poder punitivo, ha presentado al compliance como un incentivo a las empresas a fin de evitar sus responsabilidades, esto es como una forma de atenuación de la pena, como la planteada en el ordenamiento jurídico estadounidense o, la exclusión de la responsabilidad penal jurídica, como lo ha regulado el ordenamiento jurídico peruano y chileno, e, incluso, a la actualidad, la regulación del Estado se acrecentó hasta exigir a los compliance bajo apercibimiento de sanción, siendo el caso más enigmático, el de lavado de activos. Lo antes descrito pertenece sin duda a la época denominada de la autorregulación regulada.

Claro ejemplo de la regulación estatal, es que, en el Perú, existen normas en la prevención en riesgos laborales, como lo establece el artículo 1 de la Ley N° 29738- Ley de Prevención de Riesgos Laborales-, que promueve una cultura de prevención de riesgos laborales en el ordenamiento jurídico peruano; para ello, cuenta con el deber de prevención de los empleadores, el rol de fiscalización y control del Estado y la participación de los trabajadores y sus organizaciones sindicales, quienes, a través del diálogo social, velan por lo promoción, difusión y cumplimiento de la normativa sobre la materia.

Además de ello, la Ley N° 27693, que crea la Unidad de Inteligencia Financiera, en su artículo 3.9, precisa que la referida entidad tiene como función regular, en coordinación con los organismos supervisores de los sujetos obligados, los lineamientos generales y específicos, requisitos, precisiones, sanciones y demás aspectos referidos a los sistemas de prevención de los sujetos obligados a reportar y de los Reportes de Operaciones Sospechosas y Registro de Operaciones, así como emitir modelos de Códigos de Conducta, Manual de Prevención del delito de lavado de activos y el financiamiento de terrorismo, Formato de Registro de

Operaciones, entre otros, conforme a los alcances de lo dispuesto en la presente Ley y su Reglamento.

En el caso de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y de la Superintendencia del Mercado de Valores, la función de regulación corresponderá a estas entidades y se ejercerá en coordinación con la UIF-Perú.

Sin embargo, autores como Percy García Caveró (2017), consideran que esta “intromisión” del Estado, no ha sido aceptada por las empresas, al no generar el incentivo para la regulación de los programas de cumplimiento normativo, por el contrario, ha generado un “efecto indeseado”, recomendado que la naturaleza de los programas de cumplimiento normativo sea de carácter privado y que, a lo mucho se creen organismos públicos especializados que faciliten su adopción.

Otros, en cambio consideran, que la regulación estatal es la que mayores beneficios trae a las empresas o corporaciones, recomendando limitar hasta cierto punto el actuar de las mismas para que se regulen como mejor les parezca, pero con la salvedad, que se establezcan normas públicas de estándares mínimos de regulación y efectos positivos jurídico-penales de los mismos (Cueva Ruesta, 2017).

1.2. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LOS CRIMINAL COMPLIANCE

Si bien en el ordenamiento jurídico peruano no se ha regulado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, actualmente, se encuentra vigente la Ley N° 30424- Ley de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas- el mismo que, ha recibido reiteradas críticas respecto a la naturaleza de dicha norma, pues la doctrina en mayoría considera que nos encontramos ante una

responsabilidad penal encubierta, no obstante lo resaltante de la ley es que se ha introducido, como se ha hecho mención reiteradas veces, la figura de los programas de cumplimiento normativo, llegando a considerarse el empleo de dichos programas como atenuante de responsabilidad y, en otros casos como una eximente de la misma.

Lo antes mencionado nos permite precisar sobre el papel que juegan estos programas de cumplimiento en la responsabilidad de las personas jurídicas, sobre todo en la de tipo penal, la misma que se encuentra reconocida en países como Francia, España, Italia o Chile.

La doctrina reconoce que existen dos tipos de modelos de responsabilidad: la vicarial y el de atribución por defecto de la organización; la primera de ellas implica que, la responsabilidad de una persona natural por la comisión de un acto ilícito se traslada a la persona jurídica. En tanto el modelo de atribución por defecto en la organización *“tiene en cuenta la propia conducta de la persona jurídica, analizándose su estructura, organización y su incidencia en la comisión del entuerto penal”* (Arocena, 2018, pág. 14).

Sin entrar a debatir cuál de estos dos modelos es el que debe adaptarse a fin de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, por cuanto no es el fin del presente trabajo de investigación, de plano precisaremos los efectos que han tenido los criminal compliance en el derecho penal, a través de la aplicación del principio *societas delinquere potest*.

Así tenemos que, en el caso del derecho penal español, desde la modificación del tan conocido artículo 31 bis del C.P., se ha reconocido a los programas de cumplimiento como una eximente de responsabilidad penal antes de la comisión del delito, exigiendo una serie de requisitos previstos en el inciso 2º de la mencionada norma, los mismos que han sido detallados de manera muy general: en primer lugar se exige que la administración de estas personas jurídicas adopten y pongan en

ejecución de manera eficaz las medidas de protección y prevención; luego que estas medidas o programas se encuentren bajo la supervisión de un sujeto u órgano con autonomía de iniciativa y de control; asimismo, se exige que el delito que se cometió, se haya realizado por una omisión fraudulenta de las medidas de prevención, no obstante, su comisión no debe basarse en una falta de supervisión o vigilancia del encargado de su cumplimiento (Reyna Alfaro, 2018).

El legislador español también ha precisado que los *compliance* deben identificar las actividades riesgosas a prevenir, para luego de ello poder precisar qué protocolos o procedimientos adoptar, a fin de verificar si se cuenta con el financiamiento para la puesta en práctica de los mismos; además de ello, se debe establecer como obligación que se pongan en conocimiento de los integrantes de la persona jurídica, los posibles puntos riesgosos y las posibles sanciones, en caso se incumplan las mismas, y por último, que exista una mejora en el modelo de prevención en caso se determine que ha existido violación de las medidas adoptadas o las mismas ya no sean eficaces debido a algún cambio en la estructura de control.

Sin ir muy lejos, el ordenamiento jurídico chileno, mediante Ley N° 20.393, en diciembre del 2009 adoptó la responsabilidad penal de las personas jurídicas a fin de que el referido país sea incorporado a la OCDE. En el modelo de responsabilidad adoptado por el ordenamiento jurídico chileno el legislador ha señalado un número cerrado de eximentes de responsabilidad, que se encuentran relacionados con los deberes de control y vigilancia, así lo precisa Hurtado Pozo (2015) cuando explica que entre dichas eximentes se han regulado la confesión de las personas jurídicas antes de iniciar un proceso judicial, luego la colaboración con las autoridades contribuyendo con pruebas para determinar a los autores y, las medidas eficaces de prevención, como se advierte del artículo 31, inciso 4, literal a, b y c del Código Penal chileno.

Finalmente, en el Perú, como ya se ha hecho mención, la Ley N° 30424 (Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito

de cohecho activo transnacional) y el Decreto Legislativo N° 1352 (Decreto legislativo que amplía la responsabilidad administrativa de la persona jurídica), han reconocido al criminal compliance como una forma de eximente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y como atenuante, en caso se observa una aplicación parcial de las mismas. La mencionada norma establece en su artículo 17° los “elementos mínimos que debe contener un programa de cumplimiento”. No obstante que Reyna Alfaro (2018) critica el empleo de dichos términos, y considera que la manera correcta de describir los antes aludidos requisitos, es “criterios adecuados para establecer un programa de cumplimiento”, pues el empleo del término “mínimo”, genera la confusión que el adoptar los elementos descritos en la ley corresponde a cualquier tipo de programa, y para acogerse a la eximente será necesario remitirse al reglamento de la ley en comento, el mismo que establecería los “adecuados” requisitos del mismo.

Dirimida sea dicha interpretación, lo cierto es que la ley procede a especificar, en situación similar a los otros ordenamientos comentado, los requisitos que debe contar los programas de cumplimiento, así, parte con la idea de contar con un encargado de velar por el cumplimiento de las medidas a adoptar, el mismo que debe contar con autonomía y que haya sido designado por los responsables de la administración, dejándose la opción que, en caso de micro, pequeña y mediana empresa, el encargado del cumplimiento puede ser el mismo órgano de administración. Posteriormente, la norma describe las funciones que se le debe asignar a este funcionario, como el de identificar las zonas de riesgos y la implementación de los procedimientos de denuncia, además de ello, tiene el deber de capacitar a los miembros de la empresa a fin de que se emplee adecuadamente.

Sin embargo, la particularidad resaltante de la Ley que regula la responsabilidad administrativa de las persona jurídicas es, el hecho de haber introducido un requisito de procedibilidad a la instauración de un investigación en contra de esta, pues se requiere el Informe de la Superintendencia del Mercado de Valores a fin de determinar si es que se adoptó un modelo de prevención con

características funcionales, es decir, no solo se limita la potestad de acción del Ministerio Público, sino que, además, a mi consideración, se impone a la Superintendencia la facultad de ente de revisor de las labores del oficial de cumplimiento, no obstante, ello no implica una restricción a su autonomía pues, la Superintendencia de Mercado de Valores constituye, al fin de cuenta un tercero ajeno a la propia empresa como el oficial de cumplimiento.

Sin duda, la norma en comento ha pretendido imponer una cultura de cumplimiento en las personas jurídicas y la forma en cómo se interpreta el contenido de esta nueva regulación dependerá de los operadores jurídicos quienes, como lo precisa Ortiz Urbina, citado por Reyna Alfaro (2015) “*han de concretar para el caso las expectativas de comportamiento basadas en estándares de diligencia media y deberá ser así el camino a seguir con los planes de prevención de delitos*” (pág. 231).

1.3. TIPOS DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

Los programas de cumplimiento pueden adaptarse al ámbito jurídico en el que se desarrollará, por lo que se habla de diversas formas en que puede desenvolverse, así, de manera general Percy García Caveró (2017) menciona que existe los *anti trust compliance*, que buscan aplicar las normas de defensa de competencia; los *trade compliance* que regulan la aplicación de políticas del comercio exterior, sin embargo, entran a figurar, con mayor realce los *criminal compliance*, *anti corruption compliance* (*ac- compliance*) y los *anti money laundering compliance* (*aml compliance*); que desarrollaremos, brevemente a continuación.

1.3.1. Los criminal compliance

Entendiéndose que las empresas adoptan los programas de cumplimiento a fin de que se cumplan con las normas en general, los criminal compliance podría entenderse como una sub especie de estas medidas que buscan, en esencia, que las empresas o sus miembros, no cometan una infracción penal, es decir, se busca prevenir la comisión de un delito o

gestionar adecuadamente sus efectos, en caso que no puedan ser prevenidos, todo ello a fin de evitar la responsabilidad penal de la propia persona jurídica o de la misma empresa.

También ha sido definido como:

“un protocolo integrado estatutaria, orgánica y jerárquicamente en las personas jurídicas, que las mismas se autoimponen voluntariamente, y que sirve para ejercer el “debido control” al que se refiere el Código Penal y para evitar conductas indeseables de sus directivos y de todo el personal en general, con la finalidad de controlar y aminorar los riesgos de que la empresa incurra en responsabilidad criminal” (Rayón Ballesteras, 2018, pág. 210)

Como ya se ha venido señalado, en el ordenamiento jurídico peruano, aún no existe una norma que establezca como obligación la implementación de los programas de cumplimiento, sin embargo, existen excepciones en los que, la denominada autorregulación pasa a ser regulada, como por ejemplo en la prevención de lavado de activos y protección al medio ambiente.

No obstante, sea por propia voluntad de la empresa o por una situación impuesta por el Estado, los criminal compliance cumpliría dos funciones: una de prevención, con el que se pretende disminuir las infracciones que se cometan en o a través de la empresa y que, se denomina prevención situacional del delito; en tanto, la otra función estaría relacionada a que, si no ha podido evitar la comisión de los delitos, la empresa adopte las medidas que busque reducir y remediar el daño que se habría ocasionado (García Caverro, 2017); entrando a detallarse cada uno de estas funciones a continuación.

1.3.1.1. Función Preventiva

De manera general se puede señalar que el criminal compliance, en este caso específico, busca que las empresas,

entendidas como personas jurídicas complejas, no cometan infracciones, *“se busca instaurar una cultura de la legalidad de los entes colectivos”* (Ontiveros Alonso, 2015) .

Sin embargo, no se limita solo a ello, pues la implementación de esta medida no debe ser de manera figurativa, si no eficaz; e incluso, velando que exista una viabilidad económica para su aplicación por parte de las empresas.

García, P. citando a Bock, (2014) expone que “el criminal compliance constituye un esfuerzo serio por minimizar los riesgos de responsabilidad penal de la empresa, sus órganos y trabajadores a través de la incorporación de medidas preventivas eficaces en el marco de la organización empresarial” (Cueva Ruesta, 2017).

Si bien existen diversos estudios direccionados a analizar si efectivamente los criminal compliance cumplen con evitar la comisión de delitos, Percy García Caveró (2017) argumenta que la afirmación a tal cuestionamiento, se centra en que la conducta que adopten los miembros de las empresas se circunscribe al entorno, es decir, que los integrantes de la persona jurídica desarrollarán sus actividades influenciados por un ambiente en el que se propicie el cumplimiento de sus normas; se desenvolverán bajo la idea que, si no se cumple con la ley, no se desarrollarán de manera efectiva su trabajo.

Montiel citado por Gustavo Arocena (2018) considera que la finalidad preventiva de este fenómeno se debe a:

“el traslado de ciertas funciones de prevención que tradicionalmente había sido asumido monopólicamente el Estado hacia asociaciones, confiando que estas disponen no solo de mayores posibilidades estratégicas y operacionales que los

individuos, sino que además de esta manera son capaces de controlar las fuentes de los riesgos de punibilidad” (pág. 11).

Cabe señalar que, la efectividad de los programas de cumplimiento no solo dependen de los miembros de la empresa, si no que inmiscuye incluso a los altos directivos quienes deben ejercer un control en la implementación de estas medidas, ya sea directamente por ellos mismos o a través de la figura de los oficiales de cumplimiento; con la precisión de que, estos mecanismos deben adaptarse a las nuevas formas de criminalidad que se desarrollen pues, como se sabe, los infractores de la norma penal buscan siempre burlar los medios que se impongan a fin de evitar su comisión.

Y, precisamente, para conseguir este fin, las empresas, como primer paso a realizar, y tal como se ha venido mencionando a lo largo de la presente investigación, deben identificar los sectores donde exista más riesgo de comisión de infracciones. Esta tarea que, para varios autores debería encomendarse no a auditores internos, si no a penalistas y criminólogos, permite establecer los compromisos o medidas que se incluirán en los programas de cumplimiento que, en su mayoría se deja libre elección de las empresas, salvo que los Estados regulen patrones generales que deben implementarse de manera obligatoria.

Sin duda, las medidas preventivas que se decida adoptar dentro de un programa de cumplimiento normativo, debe desarrollarse conforme al impacto económico de este; entendiendo, también que estas medidas inmiscuyen no solo a los trabajadores de menor jerarquía, si no a los altos directivos; dejando claro que *“el criminal compliance tiene que ver con la ordenación de conductas a las pautas jurídico penales y solo a través de dicha ordenación con la*

implementación de los mecanismos preventivos de carácter material” (García Caveró, 2017, pág. 95).

Solo tomando como ejemplo a las medidas preventivas que se está aludiendo, se puede mencionar a aquellas tendientes a prevenir los delitos de manera general, como las precisadas por Percy García Caveró: *“la adopción de un código de conducta, la delimitación de competencia entre los trabajadores o el flujo adecuado de información en el interior de la empresa”* (2017, pág. 94); o los tendientes a evitar delitos en específicos, tal es el caso de las *“políticas de regalos o funcionarios públicos, para el caso de corrupción o el conocimiento del cliente para el caso de lavado de activos”* (2017, pág. 94).

Como se ha detallado, las empresas deben internalizar que los trabajadores apliquen el conjunto de normas o medidas dependiendo del caso en concreto, orientadas a que se evita la comisión del delito y verificando que las acciones a adoptar se prevengan la comisión de riesgos.

1.3.1.2. Función de Confirmación de la Norma Penal

En mérito a lo precisado, se entendería que los programas de cumplimiento normativo actuarían antes de la comisión de la infracción. Sin embargo, también juegan un papel fundamental en el caso de que los ilícitos ya se han cometido, pues estas medidas permitirán identificar tanto a las personas inmiscuidas en dichos actos, a través de la denuncia, con la posterior cooperación y acusación de la empresa, predispuesta a colaborar con el Ministerio Público y finalmente, la reparación del daño si es que se hubiese cometido.

Así, se ha señalado que los criminal compliance a fin de prevalecer sus códigos de ética, cuenta con “*canales de denuncias e investigaciones internas*” (Rayón Ballesteras, 2018, pág. 210). El primer paso a seguir, es el denominado *whistleblowing*, que como se mencionó, son las denuncias por las irregularidades que ocurren dentro de las empresas, denuncias que en su mayoría son realizadas por los trabajadores. Este tipo de control debe ser regulado de forma tal que incentive la participación de estos, por lo que es necesario que los trabajadores sean capacitados en la forma como se aplicarán, así como se resalte el carácter confidencial del mismo e imparcialidad de los que lleven a cabo las investigaciones y que generen en las personas a utilizar, confianza en su uso (García Caverro, 2017).

Gustavo Arocena (2018) ha precisado que este mecanismo cuenta con respaldo internacional, véase, por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción; en el que dispone, en su artículo 8 inciso 4, la posibilidad que los Estados dispongan medidas que faciliten la denuncia de dicho hechos delictivos.

Realizadas las denuncias, existe el deber de las empresas de supervisar y vigilar que estas conductas posiblemente ilícitas no queden impunes, por lo que, con una investigación interna se adjuntará la información necesaria a fin de determinar si se cometió o no la infracción legal para luego colaborar con el Ministerio Público. No obstante, no puede dejarse de lado, la particularidad que se presentaría en caso la propia empresa, de su investigación, obtenga información que le sea desfavorable a ella misma en un proceso penal, en caso se llegue a realizar; más aún si las personas jurídicas también cuenta con el derecho de defensa, por lo que no podrían ser obligadas a brindar dicha información que les

perjudicaría; siendo la solución más salomónica poner en manifiesto que lo obtenido entra a jugar un papel importante en su defensa legal (García Caveró, 2017).

Liñán Lafuente (2019) considera que a fin de llevar a cabo el control de los riesgos penales, precisamente se necesita contar con acceso a la información de la empresa, así como apoyo de los diferentes departamentos que se hayan creado en ella y contar, obviamente, con los recursos financieros necesarios; siendo estos, también, los mecanismos, que deben ser tomados en cuenta para una mejor investigación de las denuncias realizadas.

Esta colaboración por parte de la empresa, sin duda, le generará un beneficio en la posible responsabilidad penal que le acarrea; dejándose en claro que el papel que esta juega es de un colaborador, pues la información que se obtenga en la investigación interna deberá ser validada.

Percy García Caveró (2017) considera, además que:

“lo que se sancionaría penalmente no es la contribución al delito por una inadecuada administración del riesgo de infracción penal, sino el defecto en el sistema de detección y comunicación de las infracciones detectadas a los órganos de persecución penal” (pág. 103) .

1.3.2. Los Anticorruption Compliance

Este tipo de medida preventiva busca evitar que las empresas se vean inmiscuidas, precisamente, en actos de corrupción en connivencia con funcionarios públicos. Como se sabe, el acto ilícito en contra de la administración pública implica que, tanto un sujeto del ámbito privado como un funcionario público conciertan a fin de satisfacer sus intereses privados,

atentando contra el bien jurídico del buen funcionamiento de la Administración Pública, por lo que, uno de las formas de evitar se lleven a cabo tales delitos es, precisamente, incentivar a las propias empresas a que se unan a la lucha contra la corrupción. Es preciso recordar que, Lascuraín citado por Reyna Alfaro (2015) ha precisado que el objeto del compliance *“no es evitar que se produzcan riesgos derivados de la actividad de la empresa, sino que estos no superen los márgenes tolerados socialmente”* (pág. 465).

El Organismo para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) es uno de los organismos trasnacionales que busca que los países miembros, incentivan a sus empresas a que apliquen estas políticas internas, a fin de evitar se comenten actos de soborno tanto internacionales como nacionales (Carnevali R. & Osvaldo Artaza, 2018); precisamente el Perú, en su camino a ser considerado como un país miembro ha buscado hacer efectivo dicho estímulo.

Así, en un primer momento, se consideró que la implementación de estos tipos de programas de cumplimiento solo atenuarían la posible sanción que acarrearía a la persona jurídica, sin embargo, la tendencia varió hasta que se considere a los a-compliance como una forma de exoneración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y, es de esta manera como ha sido regulado en la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por casos de corrupción; sin dejarse de lado la particularidad que estos compliance deben contar con un encargado de verificar, precisamente que dicha medida preventiva se está desarrollando adecuadamente.

Precisamente, la figura del compliance officer es el protagonista de esta investigación, por lo que, sus funciones en específico se desarrollarán más adelante. No obstante, es importante señalar de manera somera que esta figura

juega un papel importante a fin de llevar a cabo de manera eficaz el a-compliance, pues, como punto esencial de sus funciones tiene el deber de identificar los riesgos en las zonas o departamentos que sea más frecuente la comisión de estos ilícitos, que, en estos casos, sería donde se halla en contacto con el funcionario público, tales como las áreas donde se reciban solicitudes de instituciones públicas, la realización de actuaciones supervisadas por organismos públicos o, incluso el área de representación tanto en procesos administrativos y judiciales (García Caveró, 2017).

Posteriormente a ello, correspondería conocer por qué es que en dichas áreas se cometen los actos de corrupción, sea por la falta de control o por la existencia de instrumentos que hacen posible la comisión de los ilícitos, como se maquinó los sobornos de la empresa brasilera Odebrecht a través de las cajas chicas, en el que, los altos mandos, conocedores de los puntos débiles que existían en la persona jurídica lograron que funcionarios públicos aceptaran sobornos a favor de que se le conceda la buena pro en diferentes obras públicas. Y, tomando como ejemplo tales hechos, es que se requiere como medida de eficacia para aplicar estos a-compliance, la realización de sondeos no solo en los trabajadores de menor escala, sino también en los estructuras más altas, al presentarse “puntos ciegos” (García Caveró, 2017), para luego de evaluar cada una adoptar el tipo de medida de protección a aplicar.

Justamente, al pasar a la etapa de la implementación de estas medidas, se inicia, además la inducción a los trabajadores, etapa en que es *“posible que los afectados o víctimas de los puntos de riesgos participen activen en la determinación de las normas de cuidado que permitiría reducir la infracción de las normas penales”* (Arocena, 2018, pág. 11). Esta etapa implica también la decisión de las empresas de implementar los códigos de conducta o políticas de anticorrupción, en el que se ilustra a los trabajadores sobre aquellos actos que no se pueden realizar, no olvidando, nuevamente, que no

solo debe centrarse en las estructuras más bajas, sino también en los altos directivos.

García Caveró (2017) hace, precisamente, un recuento de las acciones que puede contar la empresa como parte de sus códigos de conducta, entre las cuales se encuentra el control de la esponsorización (contribuciones a determinadas instituciones a fin de realizar proyectos sociales, culturales u otros) a través de documentación y archivamiento de los donativos a realizarse, aplicándose el mismo criterio para los regalos o atenciones a los funcionarios públicos, con el agregado que, se debe establecer un precio que no puede ser sobrepasado, asimismo, que estos presentes no se realicen sobre aquellos que pueden decidir la contratación o no de los servicios que puede ofrecer la persona jurídica.

El mismo autor, también hace referencia a un tema importante en la actualidad para la realidad peruana, esto es, el financiamiento de campañas o partidos políticos, pues, como es sabido, las investigaciones a las principales figuras políticas por recibir sumas monetarias de la denominada “caja negra” de la empresa Odebrecht, ha hecho que se plantee, incluso, la medida que los partidos políticos sean financiados solo por el Estado. En el ordenamiento jurídico del Perú no restringe el financiamiento de los partidos por parte de los privados, pero sí, la legislación electoral requiere que sus ingresos se rijan por la transparencia, sea que estos se hagan por medio de entidades bancarias y que no sobrepasen el monto legal, es decir, no sea mayor a 60 UIT; en el caso de actividades proselitistas y si los aportantes son anónimos, no puede superar los 30 UIT.

En relación a ello y debido a que se ha hecho mención a las denominadas “cajas negras”, es oportuno precisar que las mismas hacen referencia a aquellos fondos que no figuran dentro del balance financiero de la persona jurídica, por lo que facilita la comisión de hechos ilícitos, en tal

sentido su uso debe ser extinguido, pues debe primar la transparencia en la contabilidad de la empresa.

Esta transparencia que se le exige a la empresa también se debe observar al momento de contratar al personal, al ser un punto débil para la comisión de actos de corrupción pues, existe la posibilidad, que se realice “favores” a los funcionarios públicos otorgando una plaza a un familiar o persona cercana, a cambio de “otro favor”, además de que personas con historial delictivos ingresen a la empresa y reincidan en la comisión de los mismo, es por ello que García Caveró (2017) considera al control de personal *“una importante medida de cara evitar que se lleven a cabo actos de corrupción”* (pág. 187), posteriormente detalla que la empresa debe estar siempre alerta en relación a este campo, por lo que recomienda, incluso que, se rote al personal que tiene contacto con los funcionarios públicos a fin evitar se formen relaciones personales cercanas, o, incluso una medida más extrema como la de no contratar como directivos de la empresa a aquellos que tienen estrecha relación con funcionarios públicos.

1.3.3. Los Anti Money Laundering Compliance

Sin duda, donde mayor desarrollo ha tenido los programas de cumplimiento normativo, es en la lucha contra el lavado de activos. Reiterativamente, se ha señalado que en esta materia es donde por primera vez se ha ingresado la figura de los programas de cumplimiento normativo al ordenamiento jurídico peruano; siendo la Unidad de Inteligencia Financiera la entidad encargada de velar por el cumplimiento de la prevención, en connivencia con los sujetos obligados dentro de cada empresa que se encarga de suministrar la información para detectar los puntos de riesgos de la persona jurídica.

La Ley N° 27693- Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera establece los criterios a aplicarse dentro de los sistemas de prevención y

detención, evidenciándose que en esta materia se da una excepción a la autorregulación, pues el Estado, a través de la norma asume un rol de intervención activa (Clavijo Jave, 2014). Precisamente, esta característica es la que diferencia a los aml-compliance de los otros de tipos de programas, pues se deja de lado la autorregulación de la propia empresa para buscar la intervención de una persona conocedora del mercado financiero (García Cavero, 2017).

La Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N° 26702), establece como deber de implementar los aml-compliance, principalmente, a las empresas del sistema financiero o relacionados al mismo, también a los que manejan altas sumas monetarias, como los encargados de la compraventa de bienes muebles e inmuebles; e incluso se ha tomado en cuenta a los estudios jurídicos de abogados contadores, entre otros, ante el riesgo de cometerse mal manejo del mismo; siendo estos los denominados sujetos obligados.

La finalidad de la implementación de las medidas anti-lavados es la de poner en conocimiento las operaciones sospechosas o inusuales, esta comunicación debe realizarse en un plazo máximo de 30 días calendario desde su comisión; precisamente, sobre este tipo de operaciones, la norma que creó la Unidad de Inteligencia Financiera – Ley N° 27693- hace una clara distinción entre las transacciones sospechosas e inusuales, en sus artículo 11, definiendo a la primera de ellas como la actividad de naturaleza civil, comercial o financiera o que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual o condiciones de complejidad injustificada, que se presuma proceden de alguna actividad lícita, o que, por cualquier motivo, no tenga un fundamento económico o lícito aparente; en tanto las transacciones inusuales son aquellas cuyas cuantías, características y periodicidad no guardan relación

con la actividad económica del cliente, salen de los parámetros de normalidad vigente en el mercado o no tienen fundamento legal evidente.

García Cavero (2017), precisa que, a fin de diagnosticar dichas operaciones inusuales o sospechosas, *“el análisis debe ser integral, por lo que tiene que abarcar la operación realizada en su totalidad e incluir a todos los intervinientes”* (pág. 215), procediendo, luego a especificar que el análisis debe iniciarse a la persona natural o jurídica que está realizando la transacción, así como contrastar si por dicha sujeto se ha reportado alguna de dichas operaciones irregulares. El reglamento de la ley antes citada, establece en su artículo 5 – Decreto Supremo N° 020-2017-JUS- que no solo corresponde identificar a los ciudadanos que realizan las transacciones, sino también a los trabajadores que laboran en estas.

Asimismo, el reglamento de la UIF, D.S. N° 020-2017-JUS, señala en su artículo 24° que, en el caso del registro de operaciones, deben hacerse a partir de montos iguales o superiores a los US\$ 10,000.00 (diez mil y 00/100 dólares americanos) o su equivalente en moneda nacional u otras monedas, de ser el caso. Sin contar que el sujeto obligado puede establecer internamente umbrales menores, los que se pueden fijar en función al análisis de riesgo de las operaciones que realiza, del sector económico, del perfil del cliente o algún otro criterio que determine en sus políticas internas (Clavijo Jave, 2014).

Finalmente, sobre este punto, se debe señalar que, la norma anti-lavados – D.L. N° 1106- precisa las sanciones a adoptarse en caso no se cumpla con poner en conocimiento las transacciones u operaciones sospechosas que se hubiera detectado. Así, solo se establece con una sanción penal el hecho de no reportar las operaciones sospechosas, en tanto a la forma como se aplica los programas de cumplimiento, esto es, si son efectivos en su aplicación o no a lo mucho, en la legislación actual se establece una responsabilidad

administrativa, tal es el caso de la emisión del Reglamento de Infracciones y Sanciones en materia de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, aprobado por Resolución SBS 8930-2012, modificado por la Resolución SBS N° 7314-2013

II. LOS OFICIALES DE CUMPLIMIENTO

2.1. DEFINICIÓN

Se entiende a los oficiales de cumplimiento como los encargados de la supervisión, vigilancia y control de los programas de cumplimiento (Robes Planas, 2018).

Son considerados los auditores internos de una empresa, autónomos de los órganos de dirección. Alfredo Liñán (2019) citando a la sentencia estadounidense U.S. vs. Caputo, señala que los oficiales de cumplimiento se asemejan a “*personal de bomberos corporativos de la actualidad*” pues como se ha manifestado son los que deben velar y resguardar que se cumplan las medidas preventivas adaptadas.

El presente órgano puede ser unipersonal o colegiado, y es quien asume un deber jurídico, sea mediante un contrato o nombramiento, a fin de que el programa de cumplimiento normativo sea efectivo, para ello deberá estar capacitado y facultado para poder cumplir dicha misión, esto es, primero, poner en conocimiento el contenido del mismo y luego que cumpla la finalidad, siempre en interés de la empresa (Prittwitz, 2013).

2.2. FUNCIONES ESPECÍFICAS

Debido a que el presente trabajo se centra en determinar si corresponde o no al oficial de cumplimiento responsabilidad alguna, es necesario especificar las funciones que le alcanza.

En el Perú, sus obligaciones son impuestas por los directivos de la empresa y las que asume él por contrato, pues no existe una norma que detalle las qué funciones se le debe asignar, tal como ocurre en España; en tal sentido se dice que sus funciones son especificados según libre determinación, siempre respetándose los límites jurídicos labores (Carrión & Urquiza, 2015).

Así, la principal función que se le asigna se basa en la vigilancia y control de la efectividad de los programas de cumplimiento y como consecuencia de ello la evitación de delitos o la disminución de riesgos de comisión; función que debe cumplir durante todas las etapas de los programas de cumplimiento: elaboración, implementación y en la etapa en que se pone en práctica.

Durante la elaboración de los programas de cumplimiento, se entiende que el oficial de cumplimiento es el encargado del diseño o, en su defecto, si se requiere la cooperación o delegación de las tareas a un tercero, se constituye en el supervisor de las mismas. No obstante que cuenta con asesorías externas, el compliance officer es quien asume la decisión final y quien da la cara por la creación del programa frente a los directivos (Liñán Lifuente, 2019).

Como se expuso en el capítulo anterior, en la fase de creación del programa de cumplimiento se realiza la identificación de riesgos penales. Esta tarea que resulta primordial en el éxito del mismo, se encuentra también bajo la supervisión del oficial de cumplimiento normativo y es donde correspondería acarrearle una posible responsabilidad, pues ante su mala gestión, no se aplicaría efectivamente las medidas que tiene bajo su supervisión; correspondiéndole detectar la falta de control y rectificarlo, pues la ausencia de prevención, como ya se ha manifestado contraviene una de sus funciones específicas esenciales.

En tanto, si nos situamos en las fases de implementación y puesta en práctica, la función principal del oficial de cumplimiento es, primero, capacitar a los trabajadores sobre el programa a ejecutarse, luego, impulsar el empleo de los mismos y la participación activa en su desarrollo, todo ello siendo necesario para analizar su desempeño e identificar las acciones correctivas.

Finalmente, debe señalarse que otra función esencial asignada a los oficiales de cumplimiento se centra en que, a pesar de que se ha implementado un programa de cumplimiento normativo eficaz y se produce un ilícito penal, es deber del oficial

de cumplimiento poner en conocimiento a los altos directivos de los hechos acaecidos en la investigación respectiva, especifica Liñán Lifante (2019) que si bien al compliance officer puede atribuírsele la facultad de poner en conocimiento directamente a las autoridades de los ilícitos cometidos, ello suele ocurrir en ocasiones excepcionales, pues su deber de denunciar es con la empresa y no frente a los demás. Sin embargo, debido a que esta situación es excepcional, lo resaltante es señalar que el oficial de cumplimiento tiene el deber de investigar la comisión de los hechos ilícitos advertidos, por lo que incumplir este deber, será materia de análisis a fin de determinar el grado de responsabilidad a generarse.

2.3. POSICIÓN DE GARANTE DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO

2.3.1. Posición de Garante

Antes de entrar a detallar, en estricto, sobre la posición de garante del oficial de cumplimiento, es necesario definir a la posición de garante como término jurídico que nació a partir de los pensamientos de Feurbach, en el que al analizar los delitos de omisión, establece que determinados sujetos, asumen la obligación de velar por el cumplimiento de determinados deberes que ocupan o les concierne por la posición en el que se encuentra (Benavente Chorrres, 2005).

Mir Puig, citado por González Mariscal (pág. 175) precisa que lo garante *“se da cuando corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro, en ciertas condiciones”*.

La posición de garante entra a tallar en los delitos de comisión por omisión regulados en el artículo 13º del Código Penal de la siguiente manera: *“El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado: Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo (...)”*.

El tipo penal describe los casos en que determinados sujetos se ubican en una posición privilegiada sobre el resguardo ante la lesión del bien jurídico. Adopta un conjunto de deberes que lo exigen a actuar como defensa ante riesgos concretos que amenazan los bienes jurídicos que se encuentra bajo su disposición. Estos deberes configuran la llamada posición de garante.

Como se hizo mención línea arriba, esta posición especial que asumen determinados sujetos, parte de determinadas fuentes que, en un inicio, se consideraron solo a la ley y a los contratos y, luego, a las comunidades de vida y de peligro y el actuar precedente. Estas fuentes se han agrupado, a su vez, en dos categorías: función protectora de un bien jurídico y función de control de una fuente de peligro.

Dentro de la función protectora de un bien jurídico encontramos a los deberes provenientes de la ley, un claro ejemplo de ello, los deberes que se asumen en las relaciones familiares; además de ello, los deberes asumidos voluntariamente o proveniente de los contratos, solo en aquellos casos en los que *“la confianza depositada emerge un deber de cuidado, vigilancia o protección”* (Benavente Chorres, 2005, pág. 70). Y, finalmente, cuando un sujeto mediante un hacer precedente genera la puesta en peligro de vulneración al bien jurídico, debe responder por dicha lesión, solo y cuando dicho hacer precedente sea peligroso o cuando la víctima pudo prever el resultado.

En tanto a la función de control de una fuente de peligro comprende a aquellos sujetos que participan de una comunidad de vida y de peligro, es decir por tener en su esfera de dominio: animales, sustancias tóxicas, inimputables etc. (De González Mariscal, pág. 176).

Cabe señalar que, a fin de poder asumir responsabilidad por tener la posición de garante, el sujeto debe tener capacidad de acción y la capacidad

de evitar resultado y, como lo precisa Liñán Lifuente (2019), el garante debe presentar un dominio del acontecer típico.

2.3.2. La Posición de Garante en el Ámbito Empresarial

2.3.2.1. Del Garante

Los administradores de las personas jurídicas, sin duda asumen una posición de garante primaria sea esta protección o de vigilancia ante los bienes jurídicos. No obstante, debido a la estructura jerarquizada de las empresas, es común que las responsabilidades sean delegadas a las personas que laborarán en determinadas áreas especializadas, lo que permitirá exonerar a los garantes primarios (administradores o directivos), al no tener dominio directo sobre el daño producido, sin embargo, generará una posición de garantía residual de control, información y vigilancia sobre el subordinado.

La delegación implica que la persona competente “descargue” sus funciones en otro, dando lugar a la *“transformación de esferas de responsabilidad individual tanto del sujeto delegante como el delgado”* (Montoner, 2018).

Surge la cuestión, ahora, cuál es el límite de la posición de garante de los empresarios frente a las actividades riesgosas que realicen sus subordinados. Se ha planteado la interrogante si se debe evitar la comisión de todo tipo de delitos o solo aquellos que se encuentran relacionados al desarrollo propio de sus actividades; sin duda esta última posición predominante, permite encuadrar que el administrador o director, garante primigenio, al delegar sus funciones a alguno de sus empleados asume el deber de informarse y vigilar sobre las reales actividades que viene realizándose, lo que

implicaría asumir un principio de desconfianza dentro de esta relación jerarquizada (Liñán Lafuente, 2019).

Para el cumplimiento de dichos deberes, las identificaciones de los riesgos a través de los programas de cumplimiento normativo juegan un papel importante para su supervisión, y, pues la individualización, posteriormente evitará que el garante señale el desconocimiento de dichos riesgos, sean estos generales o los específicos y relacionados con su actividad.

Es por ello que, Liñán Lafuente (2019) señala que

“un empresario que haya asumido formalmente que a su actividad le afecta un riesgo penal concreto (aunque no sea específico de su actividad) se convierte en garante de éste, y debe intentar evitar que no se cometa en el ámbito de las actividades sociales y en beneficio de su sociedad”

2.3.2.2. Del Oficial de Cumplimiento

Como se ha manifestado líneas arriba, los oficiales de cumplimiento son las personas encargadas de velar por la correcta elaboración, implementación y puesta en práctica de los programas de cumplimiento normativo; de esa forma los administradores y directores delegan su principal función – evitar la comisión de ilícitos por parte de la persona jurídica que administran- a un sujeto u organización especializada en la prevención, considerándose, así en el máximo garante de la eficacia de puesto en práctica de la vigilancia y control.

En tal sentido, a fin de llevar a cabo de manera óptima esa delegación, el compliance officer podrá recabar la información y documentación, a través de la colaboración personal, para establecer si los riesgos identificados se encuentran dentro de lo regularmente

permitido, para luego comunicar al delegante de dicha función. Al asumir, estas potestades y deberes, dan pase al debate si es posible que el oficial de cumplimiento asuma una posición de garantía dentro de esta nueva estructura.

Es en Alemania, a través de la Sentencia del Tribunal Supremo Alemán en el que se habló por primera vez de la garantía de los oficiales de cumplimiento, luego que estos asumen una obligación con la dirección de la empresa, de informar y supervisar los focos de peligros.

Sin duda, el papel del oficial de cumplimiento tiene mayor categoría en la evitación de los delitos dentro de la empresa. Una de las medidas que adopta a fin de dar cumplimiento a esta función es la de recabar información a través de las denuncias internas y llevar a cabo una investigación para establecer los hechos a comunicar a los directivos. Sin embargo, no se podrá hablar de una posición de garantía completa si es que no se le ha facultado a tomar decisiones luego de que hayan ocurrido dichos hechos, o, incluso, sin la necesidad de que se haya cometido un delito, si, dentro del cumplimiento de sus deberes, el oficial de cumplimiento advierte la existencia de un riesgo que puede desembocar en una responsabilidad penal y solo tiene la facultad de poner en conocimiento a los administradores o directivos, ha dado cumplimiento al deber de garantía asumido.

El análisis sobre la posición de garantía del oficial de cumplimiento, se establece de acuerdo a las facultades que se le otorga. A partir de allí Liñán Lifuente (2019) diferencia que el oficial de cumplimiento podría otorgar una posición de garantía complementaria o total, dependiendo si se encuentra en la capacidad

o no de impedirlo, y cumpliendo con informar el resultado. Pues de esta posible omisión de informar, permitirá que el garante primigenio pueda también llevar a cabo su vigilancia y corrección; de esta forma explica su deber de garantía en cotitularidad, en el que es necesaria la existencia de dos garantes que en coordinación tienen la capacidad efectiva de evitarlos.

Otros doctrinarios, por el contrario consideran que la sola obligación de transmitir información y no tener facultades directivas, permiten desconocer el carácter de garante que tiene el oficial de cumplimiento; no obstante, la omisión en el correcto manejo de la información relacionada a la comisión de un hecho delictivo, sea por no capacitar correctamente a los miembros o por no poner en conocimiento a los directivos de la misma, no excluye de una posible responsabilidad penal en el ejercicio de sus funciones, siempre y cuando se establezca que si se hubiese actuado de otra forma, se habría evitado la realización de una infracción penal (García Caverro, 2017).

Pese a lo interesante de este último argumento, cobra fuerza la postura que el oficial de cumplimiento sí asume la vigilancia de determinados bienes jurídicos empresariales, sea que solo tenga dicho deber frente a los directivos o que se extienda hasta obtener capacidad decisoria, por la naturaleza propia de su función se encuentra en una posición especial de tutela y atendiendo a que su principal deber es el correcto funcionamiento de los programas de cumplimiento, corresponde ahora establecer si la trasgresión de dichas obligaciones lo hace responsable penalmente, por lo que será necesario analizar las regulaciones extranjeras a fin de dar solución a la problemática planteada.

CAPITULO III: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS- LA RESPONSABILIDAD DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Antes de entrar a analizar la jurisprudencia existente relacionados al tema de investigación, es necesario traer un recuento sobre lo establecido actualmente respecto a la posición de garante del compliance officer cuando ocupa un deber de controlar lo focos de peligros, es decir asume una capacidad real de protección de los bienes jurídicos.

Supervisar, vigilar y controlar los riesgos identificados en el programa de cumplimiento, forma parte del deber asumido por este, no obstante, como se ha reiterado, a fin de determinar su responsabilidad, debe tenerse en cuenta la capacidad real sobre los hechos, esto es analizar si pudo efectuar o no el cumplimiento de las medidas tomadas. Liñán Lifuente (2019) señala que el compliance officer *“deberá haber aceptado, por contrato y asumido personalmente un compromiso específico y efectivo de actuar de barrera de contención de riesgos determinados”* (pág. 78).

Este capítulo servirá para analizar si corresponde o no la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento cuando ha infringido sus deberes asumidos, esto es, no mantener bajo su cuidado los focos de peligro o la ejecución de las medidas que contienen el programa, tomando en cuenta su posición de informar la comisión del delito; o si posee poderes ejecutivos y de decisión ante el delito producido, estando por determinar si debido a tal omisión o no hacer es que se produjo el hecho típico, al haber defraudado las expectativas que asumió (Liñán Lifuente, 2019).

En el capítulo anterior, ya se ha precisado que la posición de garante del oficial de cumplimiento puede ser considerada de manera total o complementaria. La primera de ellas si, como se precisó, este tiene la capacidad de accionar en caso se trasgreda las medidas optadas, en tanto, tendría posición de garante complementaria, si solo asumió el deber de informar la comisión de los ilícitos a los órganos de administración.

Esta capacidad de actuar o solo de informar, depende si este tuvo cualquiera de dichas facultades antes de la comisión del ilícito o cuando aún se continúa con su comisión; pues si es un delito que se encuentra consumado y el foco de peligro no estaría bajo su supervisión, escaparía de la posible actuación y por ende responsabilidad del compliance officer.

En igual sentido, es oportuno centrar la posición de los supuestos en que el oficial de cumplimiento no podría tener responsabilidad penal pese a que se lleve a cabo un ilícito por un tercero, así, si este solo asume una posición de garante de carácter complementario y no cumple con informar al órgano de administración de que se está cometiendo, o la posible comisión de un hecho ilícito, la infracción de su deber estaría en no dejar actuar al garante principal y en facilitar la comisión del delito. No obstante, si cumple con dicho deber y, el garante primario es el que incumple su función, surge la pregunta de si dicha omisión tendría que ser asumida por el oficial de cumplimiento. Al respecto, se entiende que, en este caso en concreto, el deber asumido es con la empresa o persona jurídica, por lo que su deber termina cuando pone en conocimiento del hecho ilícito a los órganos de administración o garante principal, radicando allí su carácter complementario y deslindándose de la responsabilidad penal en caso que otros sujetos no cumplan con lo asumido. Diferente sería si, pese a que se informa de la posible comisión de un ilícito, este se convierte en partícipe del encubrimiento que el garante primario pretende realizar.

En el caso en que nos situemos en el momento de la creación del programa de cumplimiento, imputarle una presunta responsabilidad penal al oficial de cumplimiento, por un delito doloso, sería forzar las funciones que este asume, pues solo se encarga de elevar una propuesta que luego debe ser aprobado por el garante principal, por lo que cualquier imputación debería dirigirse principalmente contra quien asume la decisión. De igual forma, si debido a una actitud negligente se evitó regular dicha situación de riesgo como un foco de peligro, atribuir la comisión de un

delito imprudente resultaría cuestionable, coincidiendo los autores que, en mérito a la imputación objetiva, debería acreditarse fehacientemente que, esa mera omisión habría sido el motivo central y fundamental por el que se cometió el delito y que el foco de peligro no se hubiere perturbado; por lo que, a partir de allí se podría hablar de una responsabilidad penal a este sujeto.

Establecido así los aspectos generales que hasta ahora se ha podido recoger sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento, corresponde analizar, la regulación de esta figura, pero desde el punto de vista de diversas legislaciones.

II. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO EN DIVERSAS LEGISLACIONES

2.1. En Alemania

Es en Alemania donde se ha emitido la primera sentencia que reconoce la posición de garante del compliance officer y por ende su responsabilidad. Esta posición ha sido expresada en el obiter dictum de la Sentencia de la Sala 5ª del BG, de 17 de julio del 2009, que será la que se analizará a continuación.

La mencionada sentencia realizó un análisis del encargado del departamento de revisión interna de una empresa respecto a irregularidades en la facturación en perjuicio de otros (García Caveró, 2017).

En el caso en comento, el acusado asumió la tarea de los cálculos en una institución pública, sin embargo, se presentaron errores en el cómputo de los mismos que fueron descubiertos posteriormente por otro encargado, sin embargo, el acusado, a ese momento, ya asumía el cargo de supervisor del departamento de revisión. En el proceso por estafa, iniciado, se involucró a un miembro de la junta directiva que ordenó que no corrigiese el error y el acusado, miembro del departamento de revisión no hizo nada para impedirlo. Precisamente, debido a que se delegó y asumió la función de protección de los

intereses de los ciudadanos, al tener que asumir la dirección de la empresa de revisión, a fin de brindar una correcta valoración de las tasas, deber que no cumplió; se le condenó como cómplice de comisión por omisión de la misma.

Debemos partir que, en Alemania, en base al § 130 de la OWiG se impone el deber que las empresas implante un programa de cumplimiento; asimismo, se reconoce la responsabilidad de los directivos cuando eviten la comisión de delitos por parte de sus subalternos a través de la aplicación de medidas preventivas. Específicamente, en la lucha contra el blanqueo de capitales, se adoptó el criterio de que el oficial de cumplimiento responderá si uno de los trabajadores comete un ilícito penal de este tipo.

No obstante, reiteradas veces se ha establecido que el oficial de cumplimiento asume dos tipos de competencias, la primera de ellas, cuando se le faculta evitar la comisión de los ilícitos o tan solo se reconoce el deber de informar a los altos mandos, a fin de que estos sean quienes tomen las acciones de control. Precisamente, este último supuesto en el que fue analizado en la sentencia alemana del 17 de julio del 2009.

Si bien, en la referida sentencia, se analizó la responsabilidad de revisor interno que, cumplía las mismas funciones del compliance officer, es decir, evitar que se cometan delitos dentro de la empresa; se reconoce la posición de garante de este y en consecuencia se le sanciona como cómplice omisivo por un delito de estafa, todo ello en mérito al § 13.1 del Código Penal alemán: *“Quien omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produjera, y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción”*.

El criterio asumido en la jurisprudencia alemana se centra en establecer que el oficial de cumplimiento asumiría solo la posición de cómplice en el

delito cometido por un tercero, basándose en que, no posee un dominio real de los hechos. Es decir, con su deber de evitación de los ilícitos penales, a lo mucho asumiría un dominio potencial de la comisión del mismo y solo podrá asumir la posición de autor por delito de omisión si, entra a tomar el curso de los hechos.

La sentencia mencionada, asimismo, señala que no resulta suficiente que los deberes del oficial de cumplimiento se encuentren en un contrato, si no que este, además asuma realmente dichos deberes, es decir que efectivamente entre a desenvolverse en dicha posición jurídica. Asimismo, precisa que, estos deberes que asume, provienen de forma derivada de los deberes originarios que tienen los empresarios.

Es así que se inicia el debate sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento que repercute a otros países, hasta llegar al Perú, no obstante, previamente, es necesario conocer la posición asumida en España, posición que ha servido de base al ordenamiento peruano para regular los programas de cumplimiento.

2.2. En España

A fin de explicar la regulación española sobre la responsabilidad que asume el oficial de cumplimiento, al reconocerse su posición de garante, debe mencionarse, en primer lugar, la tesis jurisprudencial que existe en dicho país sobre la posibilidad de imputar el título de autor o cómplice de un delito de omisión, cuando es cometido por otro, situación jurídica que se asemeja a la que se encontraría el oficial de cumplimiento.

Así, primero se describirá algunas Sentencias que han servido de base para el estudio dogmático de esta posible imputación penal a este sujeto, por lo que debe reconocerse que en España no se ha emitido un pronunciamiento sobre la

responsabilidad penal del oficial de cumplimiento, pero sí han existido decisiones del Tribunal Supremo sobre la importancia de los programas de cumplimiento y sobre situaciones jurídicas similares en las se situaría el compliance officer, las cuales pasaré explicar brevemente, con apoyo de pronunciamientos de doctrinarios españoles.

Luego de la incorporación en el año de 1995, del artículo 11 del Código Penal español, que regulaba la autoría y participación por omisión, se buscó interpretar tal disposición a fin de determinar el grado de participación en caso de cometerse un delito por un tercero. Se habló por primera vez de la tesis de la causalidad hipotética, en el que se establece un juicio de probabilidad de la comisión del ilícito por un tercero, donde se disminuye los estándares de producción y de prueba a fin de acreditar si la conducta omitida fue la causante del delito.

La Sentencia N° 1538/2000, de fecha 9 de octubre, sirve para explicar la interpretación del artículo 11 del Código Penal español sobre la omisión en la comisión de un delito activo; es el caso de una madre que no se oponía al abuso sexual de su hija por parte de su padre, por lo que fue condenada por el delito de un tercero. En este pronunciamiento se analizó sobre el grado de intervención del omitente, sea por autoría o participación; así se detalló que para imputar a un sujeto como autor se requiere que la conducta que no realizó sea la causa necesaria para evitar el resultado ilícito, en tanto si hablamos de una participación, se entiende “(...) *la omisión (solo) ha facilitado la producción del resultado en una medida que se pueda estimar apreciable (...)* (Liñán Lafuente, 2019, pág. 102)”, diferenciándose en la proximidad o relevancia de la conducta no realizada con la provocación del delito.

En la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado español, se ha señalado que en mérito al artículo 31 del Código Penal español, el Oficial de Cumplimiento puede, mediante una actuación delictiva u omisión del control del

subordinado, transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica. Ese mismo artículo será el que establezca las funciones del oficial de cumplimiento, por lo que a partir de allí se pasa hablar de un posible delito cometido por el mismo.

Es necesario precisar que el artículo 31 del Código Penal español señala que: *“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”*. Y, debido a tal redacción abierta, es que otro sector considera que los deberes del oficial de cumplimiento no se encuentran previstos en esta norma, si no que están detalladas en el contrato y, solo así es que se le podría imputar una posición de garante con la empresa y entrar a debatir su responsabilidad penal.

La doctrina española a favor de la responsabilidad del oficial de cumplimiento, precisa que este depende también de su capacidad para exigir o no las medidas de prevención, por lo que, en su mayoría, cuando el oficial de cumplimiento sí se encuentra facultado a exigir el cumplimiento de las actuaciones de prevención, como Liñán Lifuente (2019) lo señala, se debe determinar el grado de dicha responsabilidad, la misma que depende de cómo la no acción del oficial de cumplimiento influye en la no detención del delito cometido por un tercero, en el que la valoración de la inacción del oficial de cumplimiento se supedita al grado de participación que se le debe atribuir, pues como Robles Planas (2018) especifica, será cómplice del delito si tiene naturaleza accesoria al hecho ilícito, en tanto, si forma parte del núcleo esencial de su comisión, hablaremos de un autor de un delito cometido por un tercero. Posición que toma fundamento con la sentencia antes mencionada.

Hablamos de una participación del compliance officer cuando este no ha

ejecutado de manera efectiva el programa de cumplimiento o supervisado el mismo, no disminuyendo el riesgo de comisión del ilícito por un tercero. Asimismo, atribuyendo la calidad de cómplice, debido a que no ha existido una decisión común con el autor para cometer el delito, donde la omisión de control se convierte en un aspecto accesorio del mismo.

En tanto, sería autor si se acredita que el compliance officer ha premunido con el tercero en un concierto de voluntades, por lo que este, con su omisión se constituye en un elemento necesario para la comisión de delito.

Cabe señalar que, esta diferenciación solo se realiza si el oficial de cumplimiento tiene facultad de ejecución de un programa de cumplimiento, pues si no lo tiene, es decir si solo asume el deber de informar las posibles transgresiones a la administración o garante principal, solo se podría atribuir una participación en el delito cometido. Es decir, en este caso, el oficial de cumplimiento no tiene facultades para impedir el delito, si no tan solo de obstaculizarlo, pese a ello no lo hace, no cumple con su deber de supervisión, a lo mucho podría ser partícipe tal delito.

Liñán Lifuente explica, de manera concisa, la teoría de Roxin que sustentaría la responsabilidad del oficial de cumplimiento en estos supuestos; detalla que el alemán consideraría a la inactividad de este sujeto como un favorecimiento y facilitamiento, en el que no cumplir con una acción que se encontraba comprometido y frente a un delito que sabía podría cometerse, coadyuva en su resultado. Si bien, el compliance officer no tendría dominio sobre los hechos, con su supervisión o cumplimiento de su deber hubiera dificultado la comisión de algún delito, pues, esta acción o mecanismo de control ha sido creado precisamente para ello, en tal sentido, solo si, de manera dolosa, el sujeto no realiza la supervisión e informa a los garantes primarios, como se habría obligado, debería responder penalmente por ello.

Finalmente, la responsabilidad del criminal compliance se atribuirá cuando presente un dolo en su no actuar, es decir, tiene conocimiento de los deberes que ha asumido, un conocimiento pleno y detallado del mismo, asimismo, está informado que se está por cometer un hecho ilícito a través de un foco de peligro que él debe supervisar o dificultar su comisión.

En la Sentencia N° 716/2009, el Tribunal español precisó que el dolo en los delitos de omisión tiene como *“característica básica la falta de decisión de emprender la acción jurídica impuesta al omitente”*, en tanto en los delitos de acción, la decisión no se desprende de las manos del autor.

En tanto, si nos remitimos a un actuar imprudente en un delito doloso por un tercero, el Tribunal Supremo ha emitido pronunciamientos escasos sobre esta situación jurídica, entre uno de ellos, la Sentencia N° 716/2009, que analiza la posible situación en la que se encontraría el oficial de cumplimiento en caso de que, imprudentemente no hubiese cumplido con sus deberes asumidos; en dicha sentencia se ha determinado que *“... ha de estar fundado en la posición de garantía del omitente, y la medida del cuidado debido, que no puede exceder de aquello a los que el omitente está obligado como garante. A la inversa, en el ámbito del delito imprudente por omisión el deber de garante es deber de cuidado pudiendo sancionarse penalmente, a título de comisión por omisión imprudente, a quien lesiona su deber de garante de adoptar determinadas medidas de seguridad o de controlar comportamientos ajenos peligrosos, siempre y cuando el resultado lesivo hubiese sido evitado a través del cumplimiento de este deber, con probabilidad rayana a la seguridad, y que fuera previsible para el omitente”*-

El apartado precedente nos permite señalar que, una participación imprudente del oficial de cumplimiento, en mérito a la posición del Tribunal Supremo, debe contar con los siguientes requisitos: primero, que el delito puede ser castigado de manera imprudente, debe conocer los deberes que asumió y que

haya sido el tercero el que cometió el resultado ilícito, no obstante su omisión fue el que permitió dicho resultado, pero esta omisión ocurrió de manera imprudente y tiene el carácter de grave, es decir tuvo la capacidad de que la fuente de peligro se descontrolase.

De esta manera, queda establecida la posición que se asumiría en España, ante la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento por una inobservancia de sus deberes asumidos, ante una posición de garante asumido; todo ello, basándose en pronunciamientos del Tribunal Supremo español sobre la imputación por omisión ante un delito de un tercero.

La primera decisión que se emitirá en dicho país surgirá a partir que el Juzgado Central de Instrucción Nº 5 de Madrid citara como investigados a diez responsables de cumplimiento del Banco Santander y el BNP Paribas. Cabe señalar que este pronunciamiento repercutirá de manera gigantesca en la decisión de asumir o no esta labor de prevención pues, como se advierte de artículo 31 bis del Código Penal español, apartado 1, letra a), si se determinará que la empresa también asuma una responsabilidad penal.

El artículo 31 bis mencionado precisa:

1. *En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:*

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo

anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

- 1. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.*
- 2. Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.*
- 3. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.*
- 4. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.*
- 5. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.*
- 6. Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.*

No entrando a mayor análisis de este apartado pues no es materia de investigación y entrando a describir lo regulado en el ordenamiento jurídico peruano, hasta la fecha.

2.3. En Perú

Es preciso iniciar este apartado, remontándonos al artículo 35° del Reglamento de la Ley N° 30424, Ley que Regula la Responsabilidad de las Personas Jurídicas- D.S. 002-2019-JUS, para establecer que, el ordenamiento jurídico peruano regula la designación de una persona u órgano de prevención de la siguiente manera: *“1. El máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, debe designar a una persona u órgano de prevención, encargado de velar por la aplicación, ejecución, cumplimiento y mejora continua del modelo de prevención. Para tal efecto, su designación y, con ello, sus funciones y atribuciones deben garantizar su autonomía en el cumplimiento de sus funciones, orientadas a asegurar el modelo de prevención, sus políticas y objetivos previamente establecidos. 2. Se debe asegurar la independencia y la autoridad de la persona u órgano designado, encargado de velar por la aplicación, ejecución, cumplimiento y mejora continua del modelo de prevención. Para tal efecto, se deberán asignar los recursos que permitan el adecuado funcionamiento operativo, tanto del órgano de prevención, como para llevar a cabo el modelo en toda la organización”*.

Así se ha establecido de manera genérica, los deberes impuestos a los oficiales de cumplimiento cuando la persona jurídica implante un programa de prevención a fin de evitar la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, regulado conforme a la Ley N° 30424.

En la Ley N° 27693- Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú-, es la normativa donde por primera vez se habló de la figura del oficial de cumplimiento en el ordenamiento jurídico peruano-, en su artículo 10 establece que *“el Oficial de Cumplimiento debe depender directamente del Directorio y*

gozar de absoluta autonomía e independencia en el ejercicio de las responsabilidades y funciones que le asigna la ley, debiéndosele asignar los recursos e infraestructura necesaria para el adecuado cumplimiento de sus responsabilidades, funciones y confidencialidad, entre otros códigos de identidad y medios de comunicación encriptados”, señalándose posteriormente que “el Oficial de Cumplimiento informará periódicamente de su gestión al Presidente del Directorio del sujeto obligado a informar (entiéndase, la persona jurídica)”.

Una lectura conjunta de ambos dispositivos legales nos permite señalar que, en el Perú, el oficial de cumplimiento tiene el deber de velar por la aplicación, ejecución, cumplimiento y mejora del programa de cumplimiento diseñado, así como informar a los órganos de gestión cualquier incumplimiento de las normativas internas integrada en el compliance.

Si bien un sector minoritario de la doctrina considera que los deberes del oficial de cumplimiento parten de lo designado por los directivos o del contrato, a mi criterio, es la ley la que señala expresamente las responsabilidades que este asume, por lo que apartándome del criterio asumido por Carrión, Andy y Urquiza, Gustavo, descrita en el capítulo anterior, considero suficiente remontarme a dichas normas a fin de precisar los deberes impuestos al oficial cumplimiento, en ese sentido, corresponde describir algunos puntos esenciales relacionados a la responsabilidad penal en la que podría incurrir ante la omisión de uno de sus deberes.

En primer lugar, ni en la Ley N° 30424, ni su reglamento, hacen referencia a la responsabilidad que asumiría el oficial de cumplimiento en caso faltase alguno de sus deberes. No ocurre lo mismo, en la regulación específica que existe en el Perú en la lucha contra el lavado de activos, la minería ilegal y el crimen organizado.

Mediante Decreto Legislativo N° 1106, se ha incorporado el tipo penal de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas. El artículo 5 de la mencionada norma señala: *“El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal. La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal”*.

Esta tipificación tiene la característica de un tipo penal abierto, es decir, se debe remitir a normas extrapenal a fin de poder analizar su estructura. Así, a fin de establecer el sujeto activo, es necesario analizar normas reglamentarias de la SBS en la Lucha contra el Lavado de Activos.

La Resolución SBS N° 838-2008, sobre Normas complementarias para la prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo, en su artículo 17 establece que las empresas están obligadas a comunicar a la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF), las operaciones que se hayan realizado o se están a punto de realizar y, a su consideración, tiene el carácter de sospechosas, sin importar el monto inmiscuido (recordando que nos encontramos ante una regulación de lavado de activos); dicha comunicación se debe realizar en un plazo de 30 días.

Más adelante, la mencionada norma señala textualmente *“..., el Oficial de Cumplimiento es el único que puede calificar la operación como sospechosa y proceder con su comunicación a la UIF-Perú...”*. Asimismo, el artículo 25 que

establece de manera específica las responsabilidades del oficial de cumplimiento en la lucha contra el lavado de activos, señala que, este es el encargado de realizar el reporte de operaciones sospechosas y comunicar a la UIF lo encontrado.

Estando así, el oficial de cumplimiento se convierte en el responsable - representando a la empresa -, de poner en conocimiento de las operaciones sospechosas que detecta, siendo así, el autor del delito de omisión de la comunicación de operaciones sospechosas, tanto en su figura dolosa como culposa.

Cabe señalar que el delito en comento tiene características de un delito de infracción del deber, pues se habla de una infracción de las obligaciones funcionales y profesionales que se asumen (Reyna Alfaro, 2018), asimismo es un tipo penal de peligro en abstracto, pues no es necesario un resultado ilícito de las operaciones sospechosas reportadas.

En cuanto a los elementos del presente tipo penal, de manera general, las operaciones sospechosas también ha sido definida en el mencionado reglamento *“...cuando, habiéndose identificado previamente una operación como inusual, luego del análisis y evaluación realizado por el Oficial de Cumplimiento, éste pueda presumir que los fondos utilizados proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente...”*, concordante con la Ley N° 27693 en su artículo 11 que prescribe, a las operaciones sospechosas como *“aquellas de naturaleza civil, comercial o financiera que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitada o injustificada, que se presuma proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente”*.

La Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de Perú, mediante Resolución Administrativa N° 467-2012-PJ emitió una “Circular referida a la reserva y confidencialidad de la identidad del Oficial de Cumplimiento en el proceso penal y su responsabilidad penal por omisión de comunicaciones sospechosas”, en su considerando décimo expone, de manera muy somera, la posición que asumirían los jueces al momento de determinar la responsabilidad del oficial de cumplimiento por el delito en comento; así, en mérito a la intervención mínima del Derecho Penal se establece que, solo en aquellos casos en que la omisión haya sido el elemento facilitador o permisivo de que la supuesta operación sospechosa produzca un resultado o que se cuente con elementos objetivos de que dicha operación esté relacionado a lavado de activos, es que se podría dar inicio a un proceso penal contra el sujeto activo del ilícito en comento.

Entiendo que esta posición asumida parte de que, la mayoría doctrinaria ha criticado la tipificación de esta conducta, considerando que debió ser meramente una infracción administrativa, basándose en que, lo que se pretende proteger es que se cumpla con resguardar el sistema administrativo de lucha contra el lavado de activos y por ello, la protección debió quedar a un nivel estrictamente administrativo, respetándose de esta forma la característica de última ratio del Derecho Penal.

Asimismo, partiendo que el delito exige que se omita de manera culposa o dolosa una comunicación de una operación sospechosa, implica que ni siquiera exige que el oficial de cumplimiento tenga suficientes elementos de que esa conducta sospechosa es facilitadora de un delito; por lo que se produce un adelanto de la barrera de la punibilidad, dejando en muchas ocasiones atípica la conducta cuando, como lo señala Asmat Coello (2015), se produzca un error en la evaluación que se realice en la operación sospechosa, por una falsa información que se le proporcione o que se desconozca al usuario, teniendo en cuenta que, a fin de calificar cierta conducta como sospechosa, es necesario

reunir información respecto a la persona que la realiza, sea su solvencia económica o el ámbito financiero que se desenvuelve.

Como ya se mencionó, el tipo penal en comento también regula en su tipo subjetivo, la culpabilidad, en el que, el oficial de cumplimiento estando en posibilidades de identificar la presunta operación sospechosa, no puede hacerlo debido a que no se cumplió con las medidas preventivas o procedimientos establecidos para su identificación (Asmat Coello, 2015) y, de por sí, si en el actuar doloso, ya la Corte Suprema ha precisado la intervención mínima del poder punitivo del Estado, resulta más que coherente concluir, por adelantado, que la tipificación culposa del delito de omisión de comunicaciones resulta innecesario.

Es importante recordar que el delito de omisión de comunicaciones sospechosas ha sido previsto dentro de la lucha contra el lavado de activos, no obstante su regulación, ha quedado abierto al supuesto que podría presentarse en caso de que, el oficial de cumplimiento, de manera dolosa, también evita poner en conocimiento la operación sospechosa, pero esto con una previa concertación o con una voluntad a fin de que se obtenga un resultado ilícito de dicha conducta presuntamente ilegal, que no sería otra cosa que el lavado de activos.

En un primer momento, se mencionó que, entre las funciones del oficial de cumplimiento se encontraba el velar por el correcto funcionamiento del modelo de prevención, de ejecutarlo o corregirlo en caso fuera necesario, así, en la propia ley se ha establecido la posición que asume el oficial de cumplimiento, no solo frente a los modelos de prevención de lavado de activos, sino también en la evitación de los delitos como el cohecho, en su modalidad activa y pasiva y el delito de financiamiento de terrorismos, a través de las personas jurídicas. Por ello, en nuestro país se ha regulado normativamente el deber que asume el oficial de cumplimiento frente a la evitación de estos ilícitos, es decir su

posición de garante frente a los bienes jurídicos que podría afectarse por cometerse cualquiera de los tipos penales señalados.

Retomando el ejemplo señalado precedentemente, respecto al posible concierto de voluntades en el que el oficial de cumplimiento hubiese favorecido la comisión del ilícito, es decir, el de lavado de activos. Asumido, entonces la posición de garante del mismo en la evitación de comisión del mismo y, ante la omisión de realizar actuaciones propias de sus funciones (cumplir o ejecutar el programa de cumplimiento o informar la activación del foco del peligro) que favorecería el resultado ilícito, claramente podemos situar tal conducta en el artículo 13 de nuestro Código Penal: *“el que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado, 1. si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo (...)”*; considerando, además que, la capacidad del oficial de cumplimiento de realizar la acción, es decir que, al asumir tal cargos, comprende sus capacidades y facultades que tiene para evitar tal ilícito y aun así no lo hace.

De esta manera se ha descrito la regulación de la responsabilidad del oficial de cumplimiento regulada en nuestro país. A grandes rasgos, se puede advertir que este deje de lado varios supuestos como el de la responsabilidad por no elaborar un efectivo programa de cumplimiento o que no se ha cumplido con la ejecución correcta del mismo, sin embargo, ello será de análisis posteriormente, donde centraremos nuestra posición.

Previo a ello, considero importante señalar que la doctrina, ha sentado su posición, respecto a la responsabilidad del oficial de cumplimiento, desde un punto de vista de política criminal, en el sentido de que, resulta un tanto desmerecedor que la legislación peruana tipifique como un ilícito penal la omisión de las comunicaciones sospechosas en su modalidad culposa, e incluso dolosa, en mérito a que, en la iniciativa de que las empresas adopten estos programas, se crea un cierto desinterés de asumir la función de supervisor y

ejecutor del mismo, pues, ante una mera omisión de sus deberes será sancionado penalmente e, incluso, ante una voluntad de omitir una comunicación de una operación presuntamente sospechosa, en el que es posible y no, que se genere un delito, también tendría que afrontar un proceso penal; es decir que ante situaciones que, como ya se mencionó, ni siquiera finalicen en un ilícito penal, tengan que responder terceros.

En esta misma línea, consideran que, la idea central es fomentar una política de cumplimiento de las normas frente a las empresas, por lo que se les debe otorgar facilidades para su adopción; en tanto se le resulte sencillo encontrar un sujeto capaz y muchas veces de confianza, que pueda ejecutar las medidas preventivas, mediante una delegación de sus deberes de vigilancia y, que, por lo contrario, no se le incremente los requisitos para asumir al cargo, más aún si en el Perú se encuentra en etapa inicial de capacitación en este tema novedoso, a los estudiantes, abogados, jueces y fiscales.

Descrito esto, corresponde analizar todo lo expuesto a fin de sentar una posición respecto a la responsabilidad del oficial de cumplimiento en la legislación peruana, tomando en cuenta, las posiciones adoptadas por otros ordenamientos jurídicos.

CAPITULO IV: CONTRASTACIÓN DE LA HIPOTESIS

I. DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

En el presente capítulo corresponde establecer si se debe atribuir responsabilidad penal al oficial de cumplimiento si un miembro de la persona jurídica comete un ilícito en favor de su representada, al enervarse el programa de cumplimiento que tenía bajo su cuidado, al atribuir una posición de garante.

En primer lugar, debe señalarse que la normativa peruana- tanto en el Reglamento de la Ley N° 30424, Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas y el Decreto Legislativo N 1106- Decreto Legislativo de Lucha contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado -, señala expresamente los deberes o funciones que asume el oficial de cumplimiento, esto es, velar por la aplicación, la ejecución y el cumplimiento de los medidas preventivas, así como de buscar su mejora e informar debidamente en caso, pese a su existencia, se produzca el ilícito.

Coincido que, al establecerse estas funciones, el oficial de cumplimiento, asume el deber jurídico que, las medidas preventivas que se encuentren bajo su supervisión, deben ser idóneas a fin de evitar la comisión de los delitos de cohecho activo y pasivo, cohecho activo trasnacional, minería ilegal, crimen organizado, lavado de activos, entre otros; es decir se le otorga una posición privilegiada a fin de no solo evitar tales ilícitos, sino de protección de los bienes jurídicos que se encontrarían trasgredidos por los mismos, es decir, reconozco la posición de garante del mismo, desvirtuándose un extremo de mi hipótesis planteada.

A diferencia de España, donde doctrinalmente, se niega el reconocimiento del oficial de cumplimiento como un garante frente a los ciudadanos, pues sea que sus deberes específicos se determinen en el contrato o en la ley, solo asumiría la protección de los mismos frente a la empresa.

Por el contrario, la jurisprudencia alemana, es la que ha reconocido la posición de garante del oficial de cumplimiento. Si bien lo realizó en un obiter dicta, donde no ha desarrollado a profundidad este tema, de por sí y como lo describí líneas arriba, el oficial de cumplimiento asume una posición en el que puede infringir un deber especial generando consecuencias penales.

Retornando a la legislación peruana, en la regulación de la responsabilidad administrativas de las personas jurídicas, si bien se habla de las funciones del oficial de cumplimiento y la posibilidad de implementar un programa de cumplimiento; se ha dejado de lado la mención a la responsabilidad del oficial de cumplimiento que incurriría en caso se trasgreda los deberes que asumió. No ocurriendo lo mismos, en la normativa referida al oficial de cumplimiento en el Decreto Legislativo N° 1106- Lucha contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado, en el que se ha creado, incluso, un tipo penal denominado omisión de la comunicación de operaciones sospechosas (artículo 5° de la mencionada norma), teniendo como sujeto activo del delito, al oficial de cumplimiento, al ser el representante de la persona jurídica a fin de reportar las operaciones sospechosas que advierta.

En España y Alemania, no se ha tipificado la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento, por lo que, a fin de atribuirle cualquier consecuencia jurídica en materia penal, se debe recurrir a las reglas de los delitos de omisión que se regulen en cada uno de dichos países, dependiendo, en todo caso, el grado de su intervención como autor o partícipe, del aporte que su conducta omisiva ha repercutido en la comisión activa de un tercero, sumado a los deberes que asume, es decir si tiene solo facultades de informar o con poderes de ejecución a fin de evitar el delito.

Esto último, nos permite señalar que, en el Perú la posición de garante del oficial de cumplimiento antes reconocida, no solo se centra en un deber de informar a los órganos de dirección de la activación de focos de peligros dentro de la

empresa, sino que, además se le ha concedido poderes ejecutivos en el cumplimiento de las medidas preventivas.

Asimismo, en los tres países analizados, coinciden en señalarse que, el oficial de cumplimiento tiene una posición derivada de los órganos de administración, quienes serían los garantes primarios. Si bien, no existe una norma expresa que así lo define, en el Perú, se puede advertir fácilmente de la potestad otorgada a la persona jurídica (entiéndase sus órganos de gobierno), de adoptar un programa de cumplimiento normativo, es decir, de manera potestativa las empresas peruanas deciden implementar o no un compliance, todo ello, no solo para evitar la comisión de los delitos, sino que, con el incentivo de que sea exonerada de responsabilidad en caso de cometerse un ilícito; decisión que la toma los respectivos órganos de gobierno, para luego designar un oficial de cumplimiento que se encargará de vigilar, ejecutar e informar cualquier posible transgresión o incumplimiento del programa asumido, entendiéndose así de la denominación posición de garante derivada.

Entrando de plano, al análisis de la responsabilidad del oficial de cumplimiento y la posición que, considero debo asumirse en la legislación peruana, primero resulta prudente mencionar la tipificación de la omisión dolosa y culposa del oficial de cumplimiento de comunicar a la Unidad de Inteligencia Financiera, las operaciones sospechosas que podría advertir. Del análisis realizado en el capítulo anterior, se tiene que, su regulación ha sido duramente criticada doctrinalmente, e incluso, me atrevería decir, cuestionada por el Poder Judicial, en mérito a la Resolución Administrativa N° 467-2012, “Circular referida a la reserva y confidencialidad de la identidad del Oficial de Cumplimiento en el proceso penal y su responsabilidad penal por omisión de comunicaciones sospechosas”, que precisa que su aplicación debe ser acorde al principio de mínima intervención o *ius puniendi* del Estado.

Coincido en que este delito, regulado en su forma dolosa y culposa, resulta un

tipo penal abierto y de peligro abstracto, en el que se sanciona al oficial de cumplimiento por no reportar una operación sospechosa, es decir no se exige que la presunta operación finalice o resulte en un delito (en este caso lavado de activos, minería ilegal o criminalidad organizada, en mérito al Decreto Legislativo N° 1006, donde se creó).

Si bien, efectivamente, se advierte el adelanto de las barreras de punibilidad, al no exigirse un concreto peligro de lesionar el bien jurídico protegido (orden económico y tráfico comercial), rescato, la tipificación de esta omisión en un ámbito doloso, pues, como ya se mencionó, el oficial de cumplimiento sí asume un deber especial de evitar se cometan los delitos de lavado de activos, minería ilegal y crimen organizado (atendiendo a la legislación que contiene este tipo penal), es por ello que, si este voluntariamente se rehúsa a poner en conocimiento a la Unidad de Inteligencia Financiera la operación que tiene calidad de sospechosa (sin importar el resultado de esta), en mérito a sus deberes asumidos, sí debe responder penalmente, pues no solo asume un compromiso con la empresa, sino que, incluso, el ámbito de su protección alcanza a los ciudadanos en general, al proteger el orden económico.

A fin de dar mayor sustento a esta posición, considero relevante señalar que, si existe voluntad del oficial de cumplimiento de no reportar una operación sospechosa, resulta improbable que ello sea para no obtener un beneficio; es decir que debe existir un interés propio a fin de que tal información no llegue a las entidades creadas para luchar contra tales tipo penales; es por ello que, al existir intereses particulares, transgrede los deberes que asumió que, como he venido mencionado no solo han sido regulados en favor de la empresa, si no a la colectividad.

No sucede lo mismo para el caso de la tipificación del delito de omisión de la comunicación de operaciones sospechosas en su modalidad culposa, la cual, considero que debe ser derogada, ello, sumándome a la posición doctrinal de que no

resulta beneficio desde un punto de vista de la política criminal, es decir, no genera incentivos a las personas a fin de que asuman la posición de oficial de cumplimiento, pues ante una mínima negligencia en su actuar serían sancionados penalmente, en tal sentido, esta regulación, a mi criterio, generaría una dificultad a las empresas a fin de adoptar un programa de cumplimiento normativo, pues, ante la falta de sujetos interesados en asumir el cargo de oficial de cumplimiento, se evitaría el uso de estas medidas preventivas, finalidad que claramente no tiene la norma.

El Derecho Penal debe intervenir mínimamente a fin de evitar transgresiones al ordenamiento jurídico, por lo que el Estado, en mérito a sus facultades sancionadoras, debe afiliarse de otros medios para lograr que se restablezca el ordenamiento jurídico, tal es así, se puede avalar en el uso del Derecho Administrativo Sancionador para este supuesto. Es decir, el delito de omisión culposa de comunicar operaciones sospechosas, debe ser sustituido por una infracción administrativa atribuida al oficial de cumplimiento.

Cabe señalar que, lo hasta ahora analizado, respecto a la responsabilidad del oficial de cumplimiento, se ha circunscrito a la legislación peruana existente por la lucha contra el lavado de activos, minería ilegal y crimen organizado y como ya se mencionó, en la Ley N° 30424 no se ha hecho referencia a las consecuencias jurídicas que existiría si el oficial de cumplimiento transgrede sus deberes previstos, en caso una empresa adopte un programa de prevención a fin de evitar una responsabilidad administrativa por los delitos de cohecho, en su modalidad activa y pasiva, cohecho activo transnacional y los delitos de terrorismo.

Antes de establecer si corresponde o no una responsabilidad penal, considero que pueden existir dos supuestos en el que se vería inmiscuido el oficial de cumplimiento. El primero de ellos, cuando de manera dolosa, en un concierto de voluntades o de manera intencional, el oficial de cumplimiento se rehúsa a ejercer sus funciones de ejecutor del programa: no informa, ni ejecuta las medidas

preventivas, lo que ocasiona se activan los focos de peligros que facilitarían la comisión de uno de los delitos descritos en el párrafo anterior, por parte de un tercer sujeto o, incluso, permite que se sigan ejecutando ilícitos penales dentro de la empresa y, segundo, cuando el oficial de cumplimiento, de manera negligente no cumple con sus funciones específicas impuestas.

De plano, el último supuesto mencionado, debe ser considerando como una mera infracción administrativa, en mérito a los mismos argumentos por los que considero que la omisión culposa de comunicaciones sospechosas debe ser derogada y prevista como también como una infracción administrativa. Asimismo, a mi criterio, considero que la Unidad de Inteligencia Financiera debe ser la entidad estatal encargada de llevar a cabo el procedimiento administrativo sancionador a iniciarse contra un oficial de cumplimiento cuando de forma negligente incumple sus deberes. Ello a razón de que, esta entidad fue creada a la par de la implementación, por primera vez, de los programas de cumplimiento normativo, por lo que, al ser pionera en la legislación de cumplimiento, resulta justificable que sea la misma, en dependencia a la SBS, que se encargue de determinar la responsabilidad administrativa del oficial de cumplimiento cuando transgreda sus funciones, siendo, en tal sentido, necesario la creación de una ley que regule las faltas administrativas y las consecuencias jurídicas de su comisión, que a mi opinión, debería circunscribirse en multas.

Es importante señalar, que, si bien el oficial de cumplimiento es designados por los órganos de gobierno y asumen una posición de garante derivada de los mismos, resulta imparcial que sea una entidad ajena a la empresa la que debe determinar si ha existido una transgresión administrativa a los deberes impuestos, pues, puede ser el caso que uno de los altos mandos de la empresa se beneficie de la negligencia en la que pudo haber ocurrido el oficial de cumplimiento, generando indefensión a la propia persona jurídica que representa.

En el supuesto de que exista dolo en el actuar del oficial de cumplimiento, al no informar de la posible comisión, activación de los foco de peligro o comisión de uno de los delitos precisados o, no ejecutar voluntariamente las medidas de prevención a fin de evitar la posible comisión o comisión de uno de los delitos señalados anteriormente, por parte de un tercero; se debe aplicar lo regulado en el artículo 13 de Código Penal, imputándosele al oficial de cumplimiento la autoría del delito de cometido por el tercero (sea cohecho activo y pasivo, cohecho activo trasnacional, lavado de activos, minería ilegal y crimen organizado y los delitos de terrorismo) en la modalidad de comisión por omisión.

El artículo 13 del Código Penal establece: *“el que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado, 1. si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo (...)”*; el oficial de cumplimiento asumiría la autoría del delito cometido por un tercero, en mérito a que, se ha reconocido su posición de garante, el mismo que asume voluntariamente, pues se obliga a prevenir que no se transgreda determinados bienes jurídicos a través de la evitación de la comisión de los delitos señalados anteriormente; pese a ello, no lleva a cabo una función determinante que facilitaría la comisión del delito por parte de un tercero, sea este de informar a los órganos de administración a fin de que procedan a la denuncia correspondiente, sea activando medidas preventivas que disminuirían los focos de peligro activado o, en todo caso, permitirían detectar el ilícito cometido. Sin dejar de lado que, el oficial de cumplimiento debe comprender con exactitud la capacidad que tenía a fin de evitar tal resultado, situación que no sería difícil de probar, pues, en mérito a que sus funciones se encuentran señaladas en una ley, no podría desconocer el contenido de esta, encontrándonos ante una presunción iure et de iure.

Solo en este supuesto, en el que se acredite una voluntad del oficial de cumplimiento de transgredir mediante su no actuar, que se debe recurrir al Derecho Penal a fin de establecer su responsabilidad.

Este análisis se ha centrado en determinar las presuntas responsabilidades que se puedan producir en caso el programa de cumplimiento se encuentra ya adoptado y a manera de mención, considero importante señalar que, en los tres países analizados en el capítulo anterior se coincide en establecer que al momento de la creación del programa de cumplimiento, este no puede ser responsabilizado por su mala elaboración, pues, a lo mucho, el oficial de cumplimiento puede sugerir ciertas medidas, siendo el órgano de administración o garante principal el que se encargue de tomar las decisiones finales, siendo, por tanto el responsable de su creación.

A manera de resumen, en tal sentido, considero que se debe derogar la tipificación de la omisión culposa del delito de comunicación de operaciones sospechosas, atribuible al oficial de cumplimiento, previsto y sancionado en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1106, el mismo que actualmente se encuentra redactado de la siguiente forma:

“Artículo 5°.- Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas

El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omita comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal.

La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal”.

Debiendo quedar así:

“Artículo 5°.- Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas

El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal.

La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será sancionado administrativamente, debiendo la UIF ser la entidad encargada de llevar a cabo el procedimiento administrativo sancionador correspondiente, en mérito a la ley sobre responsabilidad administrativa del oficial de cumplimiento que se deberá promulgar”.

Se debe modificar el artículo 17, inciso 2, literal a) de la Ley N 30424, que señala actualmente:

“(…) 17.2. El modelo de prevención a que se hace referencia en el párrafo 17.1 debe contener como mínimo los siguientes elementos:

a. Una persona u órgano, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica, que ejerza la función de auditoría interna de prevención y que cuente con el personal, medios y facultades necesarios para cumplirla adecuadamente. Esta función se ejerce con la debida autonomía respecto del órgano de administración, sus propietarios, accionistas o socios, salvo en el caso de la micro, pequeña y mediana empresa, donde puede ser asumida directamente por el órgano de administración. (...)

Debiendo agregarse en el siguiente sentido:

“(…) 17.2. El modelo de prevención a que se hace referencia en el párrafo 17.1 debe contener como mínimo los siguientes elementos:

*a. Una persona u órgano, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica, que ejerza la función de auditoría interna de prevención y que cuente con el personal, medios y facultades necesarios para cumplirla adecuadamente. Esta función se ejerce con la debida autonomía respecto del órgano de administración, sus propietarios, accionistas o socios, salvo en el caso de la micro, pequeña y mediana empresa, donde puede ser asumida directamente por el órgano de administración. **Este encargado de prevención se sujeta a la responsabilidad administrativa en caso se advierte la omisión negligente de sus deberes previstos anteriormente; la persona jurídica, debe informar al Ministerio Público el incumplimiento voluntario de sus deberes por parte del encargado de prevención, a fin de que proceda conforme a sus atribuciones (…)**”.*

Asimismo, se deberá agregar un párrafo al artículo 35 del Decreto Supremo N° 002-2019- JUS, reglamento de la Ley de responsabilidad del oficial de cumplimiento, que actualmente se encuentra redactado así:

“Artículo 35.- Designación de una persona u órgano de prevención

1. El máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, debe designar a una persona u órgano de prevención, encargado de velar por la aplicación, ejecución, cumplimiento y mejora continua del modelo de prevención. Para tal efecto, su designación y, con ello, sus funciones y atribuciones debe garantizar su autonomía en el cumplimiento de sus funciones, orientadas a asegurar el modelo de prevención, sus políticas y objetivos previamente establecidos.

2. Se debe asegurar la independencia y la autoridad de la persona u órgano designado, encargado de velar por la aplicación, ejecución, cumplimiento y mejora continua del modelo de prevención. Para tal efecto, se deberán asignar los

recursos que permitan el adecuado funcionamiento operativo, tanto del órgano de prevención, como para llevar a cabo el modelo en toda la organización”.

Debiendo modificarse en el siguiente sentido:

“Artículo 35.- Designación de una persona u órgano de prevención

1. El máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, debe designar a una persona u órgano de prevención, encargado de velar por la aplicación, ejecución, cumplimiento y mejora continua del modelo de prevención. Para tal efecto, su designación y, con ello, sus funciones y atribuciones debe garantizar su autonomía en el cumplimiento de sus funciones, orientadas a asegurar el modelo de prevención, sus políticas y objetivos previamente establecidos.

2. Se debe asegurar la independencia y la autoridad de la persona u órgano designado, encargado de velar por la aplicación, ejecución, cumplimiento y mejora continua del modelo de prevención. Para tal efecto, se deberán asignar los recursos que permitan el adecuado funcionamiento operativo, tanto del órgano de prevención, como para llevar a cabo el modelo en toda la organización.

3. El sujeto encargado de prevención responde administrativamente por la infracción negligente de sus deberes previstos en el inciso 1 del presente artículo, debiendo sujetarse al procedimiento administrativo sancionador que la UIF instaure en mérito a la ley de responsabilidad administrativa del oficial de cumplimiento que deberá promulgarse. Las infracciones voluntarias de los deberes señalados anteriormente, serán puesto a conocimiento del Ministerio Público, a fin de que proceda conforme a sus atribuciones.

CONCLUSIONES.

1. Los programas de cumplimiento normativo pueden ser definidos como el conjunto de medidas internas adoptadas por una persona jurídica con el fin de evitar que sus miembros, mayormente personas naturales, sea ocupando un puesto de dirección o de menor escala, cometan delitos en favor de la empresa que representan, asimismo, constituyen eximentes y atenuantes de responsabilidad penal. La Ley N° 30424 (Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional) y el Decreto Legislativo N° 1352 (Decreto legislativo que amplía la responsabilidad administrativa de la persona jurídica), reconocieron en su artículo 17° los “elementos mínimos que debe contener un programa de cumplimiento”. En cuanto a su estructura, depende del ámbito a aplicarse, así, cuando se vela por la no comisión de una infracción penal, deben identificarse los sectores de riesgo a fin de determinar los códigos de ética, el flujo adecuado de información en la empresa, canales de denuncias e investigaciones internas. En tanto si las empresas evitan actos de corrupción, se puede adoptar medidas como el control de contribuciones a fin de realizar proyectos sociales, culturales, velar la transparencia al momento de financiar partidos políticos o contratar al personal a fin evitar el cobro de “favores” entre miembros de la empresa y funcionario público. Finalmente, si la finalidad es poner en conocimiento las operaciones sospechosas o inusuales-lavado de activos-, se realiza un análisis integral de la operación, dando pase, luego al análisis de la situación económica de la persona natural o jurídica a fin de contrastar su información con el de la operación realizada; abarcando también a los trabajadores que realizan la transacción.
2. Los oficiales de cumplimiento son los encargados de la supervisión, vigilancia y control de los programas de cumplimiento. La principal función que se le asigna se basa en la vigilancia y control de la efectividad de los programas de cumplimiento de las empresas, la evitación de delitos o la disminución de riesgos de comisión. De estas funciones se puede analizar su posición de garantía, la cual puede ser complementaria o total, dependiendo si se encuentra en la capacidad de impedirlo, y parcial si solo está obligado a informar el resultado. Sea cual sea, por la naturaleza

propia de su función se encuentra en una posición especial de tutela de protección a los bienes jurídicos.

3. En Alemania, es donde se ha emitido la primera sentencia que reconoce la posición de garante del compliance officer y por ende su responsabilidad penal, no obstante, su participación solo alcanzaría hasta la complicidad, pues el criterio asumido en la jurisprudencia alemana se centra en establecer que el oficial de cumplimiento no posee un dominio real de los hechos. En España, no se ha emitido un pronunciamiento sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento, por lo que este tema es analizado de manera doctrinal. No existe consenso respecto a la fuente de donde proviene los deberes asumidos por el oficial de cumplimiento, algunos consideran que parte del artículo 31 del Código Penal español, otros, que se encuentra detalladas en el contrato, de esta última es que se le atribuiría una posición de garante con la empresa. La doctrina española considera que la responsabilidad del oficial de cumplimiento depende de cómo su no acción influye en la no detención del delito cometido por un tercero, atribuyendo la calidad de cómplice o autor si su omisión fue determinante para la comisión del delito. En el Perú, el Reglamento de la Ley N° 30424, Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas y el Decreto Legislativo N 1106- Decreto Legislativo de Lucha contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado -, señalan los deberes y funciones que asume el oficial de cumplimiento, en mérito a ello, asume una posición de garante, lo que me lleva a concluir que la hipótesis de la investigación es nula. En cuanto a la Ley de Responsabilidad Administrativas de las Personas Jurídicas, ha omitido regular la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento, no ocurriendo lo mismo, en el Decreto Legislativo N° 1106, que contiene el tipo penal denominado omisión de la comunicación de operaciones sospechosas (artículo 5°), teniendo como sujeto activo del delito, al oficial de cumplimiento, resultando un tipo penal abierto y de peligro abstracto, tipificando esta figura en su aspecto doloso y culposo.

4. Finalmente, debo señalar que, del análisis de la regulación de la responsabilidad

penal del oficial de cumplimiento en el Perú, el delito de omisión de las comunicaciones de operaciones sospechosas en su modalidad culposa debe ser derogada, desde un punto de vista de la política criminal, al no generar incentivos para asumir la posición de oficial de cumplimiento; debiendo ser sustituido por una infracción administrativa atribuida al oficial de cumplimiento. Eso me lleva a concluir, además, que cualquier negligencia del oficial de cumplimiento, debe ser considerando como una mera infracción administrativa, siendo la Unidad de Inteligencia Financiera la entidad estatal encargada de llevar a cabo el procedimiento administrativo sancionador, siendo, en tal sentido, necesario la creación de una ley que regule las faltas administrativas y las consecuencias jurídicas de su comisión, que, a mi opinión, debería circunscribirse en multas. En el supuesto de que exista dolo en la omisión del oficial de cumplimiento, se debe aplicar lo regulado en el artículo 13 de Código Penal, imputándosele al oficial de cumplimiento la autoría del delito de cometido por el tercero (sea cohecho activo y pasivo, cohecho activo transnacional, lavado de activos, minería ilegal y crimen organizado y los delitos de terrorismo) en la modalidad de comisión por omisión, en mérito a que, se ha reconocido su posición de garante. Al momento de la creación del programa de cumplimiento, este no puede ser responsabilizado por su mala elaboración, pues, son los órganos de administración los encargados de tomar las decisiones finales, y los responsables de su creación.

RECOMENDACIONES.

1. En mérito a ello, recomendaría se debe derogar la tipificación de la omisión culposa del delito de comunicación de operaciones sospechosas, atribuible al oficial de cumplimiento, previsto y sancionado en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1106, el mismo que actualmente se encuentra redactado de la siguiente forma:

“Artículo 5°.- Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas

El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal.

La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal”.

Debiendo quedar así:

“Artículo 5°.- Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas

El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa e

inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36° del Código Penal.

La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será sancionado administrativamente, debiendo la UIF ser la entidad encargada de llevar a cabo el procedimiento administrativo sancionador correspondiente, en mérito a la ley sobre responsabilidad administrativa del oficial de cumplimiento que se deberá promulgar”.

2. Se debe modificar el artículo 17, inciso 2, literal a) de la Ley N 30424, que señala actualmente:

“(…) 17.2. El modelo de prevención a que se hace referencia en el párrafo 17.1 debe contener como mínimo los siguientes elementos:

a. Una persona u órgano, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica, que ejerza la función de auditoría interna de prevención y que cuente con el personal, medios y facultades necesarios para cumplirla adecuadamente. Esta función se ejerce con la debida autonomía respecto del órgano de administración, sus propietarios, accionistas o socios, salvo en el caso de la micro, pequeña y mediana empresa, donde puede ser asumida directamente por el órgano de administración. (...)

Debiendo agregarse en el siguiente sentido:

“(…) 17.2. El modelo de prevención a que se hace referencia en el párrafo 17.1 debe contener como mínimo los siguientes elementos:

a. Una persona u órgano, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica, que ejerza la función de auditoría interna de prevención y que cuente con el personal, medios y facultades necesarios para cumplirla adecuadamente. Esta función se ejerce con la debida autonomía respecto del órgano de administración, sus propietarios, accionistas o socios, salvo en el caso de la micro, pequeña y mediana empresa, donde puede ser

asumida directamente por el órgano de administración. Este encargado de prevención se sujeta a la responsabilidad administrativa en caso se advierte la omisión negligente de sus deberes previstos anteriormente; la persona jurídica, debe informar al Ministerio Público el incumplimiento voluntario de sus deberes por parte del encargado de prevención, a fin de que proceda conforme a sus atribuciones (...)”.

3. Asimismo, se deberá agregar un párrafo al artículo 35 del Decreto Supremo N° 002-2019- JUS, reglamento de la Ley de responsabilidad del oficial de cumplimiento, que actualmente se encuentra redactado así:

“Artículo 35.- Designación de una persona u órgano de prevención

1. El máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, debe designar a una persona u órgano de prevención, encargado de velar por la aplicación, ejecución, cumplimiento y mejora continua del modelo de prevención. Para tal efecto, su designación y, con ello, sus funciones y atribuciones debe garantizar su autonomía en el cumplimiento de sus funciones, orientadas a asegurar el modelo de prevención, sus políticas y objetivos previamente establecidos.

2. Se debe asegurar la independencia y la autoridad de la persona u órgano designado, encargado de velar por la aplicación, ejecución, cumplimiento y mejora continua del modelo de prevención. Para tal efecto, se deberán asignar los recursos que permitan el adecuado funcionamiento operativo, tanto del órgano de prevención, como para llevar a cabo el modelo en toda la organización”.

Debiendo modificarse en el siguiente sentido:

“Artículo 35.- Designación de una persona u órgano de prevención

1. El máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, debe designar a una persona u órgano de prevención,

encargado de velar por la aplicación, ejecución, cumplimiento y mejora continua del modelo de prevención. Para tal efecto, su designación y, con ello, sus funciones y atribuciones debe garantizar su autonomía en el cumplimiento de sus funciones, orientadas a asegurar el modelo de prevención, sus políticas y objetivos previamente establecidos.

2. Se debe asegurar la independencia y la autoridad de la persona u órgano designado, encargado de velar por la aplicación, ejecución, cumplimiento y mejora continua del modelo de prevención. Para tal efecto, se deberán asignar los recursos que permitan el adecuado funcionamiento operativo, tanto del órgano de prevención, como para llevar a cabo el modelo en toda la organización.

3. El sujeto encargado de prevención responde administrativamente por la infracción negligente de sus deberes previstos en el inciso 1 del presente artículo, debiendo sujetarse al procedimiento administrativo sancionador que la UIF instaure en mérito a la ley de responsabilidad administrativa del oficial de cumplimiento que deberá promulgarse. Las infracciones voluntarias de los deberes señalados anteriormente, serán puestas a conocimiento del Ministerio Público, a fin de que proceda conforme a sus atribuciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Alanís Figueroa, M. D., & De la Paz, G. (2003). *"La educación cívica contra la corrupción"*. Instituto Federal Electoral. Dallas, Texas: Instituto Federal Electoral.
- Arocena, G. A. (2018). "Criminal Compliance". En L. M. Reyna Alfaro, I. Coca Villa, & A. Uribe Manríquez, *"Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas"* (págs. 7-34). Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C.
- Asmat Coello, D. M. (2015). Sobre el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas en la legislación peruana de lucha contra el lavado de activos. En K. Ambos, E. Malarino, & D. C. Caro Coria, *Lavado de activos y compliance* (págs. 407-447). Lima: Jurista editores.
- Benavente Chorres, H. (2005). *"La imputación objetiva en la comisión por omisión"*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Carnevali R., R., & Osvaldo Artaza, V. (2018). La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafíos para el Derecho Penal. En L. Reyna Alfaro, I. Coca Villa, & A. Uribe Manríquez, *Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* (págs. 495-534). Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C.
- Caro Coria, D. (2015). *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa* (Vol. III). Lima: Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa, CEDPE S.A.C.
- Carrión, A., & Urquiza, G. (2015). La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el ámbito empresarial. En K. Ambos, E. Malarino & D. C. Caro Coria, *Lavado de Activos y Compliance* (págs. 187-203). Lima, Perú: Jurista Editoriales E.I.R.L.
- Centro Europeo de Postgrado. (16 de mayo de 2019). *BlogCEUPE*. Obtenido de BlogCEUPE Web site: <https://www.ceupe.com/blog/compliance-que-es.html>
- Clavijo Jave, C. (2014). "Criminal compliance en el derecho penal peruano". *Revista de la Facultad de Derecho PUCP* (73), (pág. 625-647). Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/11321/11830>
- Cueva Ruesta, W. C. (2017). *Programa preventivo criminal compliance de la responsabilidad penal en las personas jurídicas privadas para evitar la criminalidad económica en el Perú*. Tesis mastral, Universidad Señor de Sipán,

- Chiclayo. Obtenido de <http://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/uss/4058/Tesis%2C%20Cueva%2C%20W%20%28%20Programa%20de%20cumplimiento%29Epuss..pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- De González Mariscal, O. (s.f.). *Responsabilidad penal por omisión, bases doctrinarias*. (I. J UNAM, Ed.) Obtenido de Instituto de Investigación Jurídica UNAM: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3064/13.pdf>
- García Caverro, P. (2017). *Criminal Compliance, en especial compliance anticorrupción y antilavado de activos* (Primera ed.). Lima: Instituto Pacífico.
- Gray, C. W., & Kaufmann, D. (marzo de 1998). "Corrupción y desarrollo". *Finanzas & Desarrollo*, (pág. 7-10). Obtenido de http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/gray_spanish.pdf
- Hurtado Pozo, J. (setiembre de 1996). *Personas jurídicas y responsabilidad penal*. (J. Hurtado Pozo, Ed.) Obtenido de Revista Anuario de Derecho Penal: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_09.pdf
- Hurtado Pozo, J. (2015). *Responsabilidad penal de la empresa* (Primera ed.). Lima: Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú.
- La corrupción es el principal problema en el Perú, según INEI*. (12 de junio de 2017). Obtenido de Perú21: <https://peru21.pe/economia/corruccion-principal-problema-peru-inei-80745>
- Liñán Lafuente, A. (2019). *La responsabilidad penal del compliance officer* (Primera ed.). España: Thomson Reuters Aranzadi.
- Mejía Mori, B. (2001). "Corrupción Judicial en Perú: Causas, formas y alternativas". *Derecho & Sociedad*, (pág. 208-215). Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/16871/17180>
- Montoner, R. (2018). La posible responsabilidad penal del compliance officer desde la perspectiva de la delegación de funciones. En L. Reyna Alfaro, I. Coca Villa, & A. R. Uribe Maníquez, *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Primera ed., págs. 381-429). Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C.

- Nieto Martín, A. (2013). "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal". En L. Kuhlen, J. P. Montiel, & I. Ortiz de Urbina Gimeno, *"Compliance y Derecho penal"* (pág. 24). Madrid: Marcial Pons.
- Ontiveros Alonso, M. (2015). ¿Para qué sirve el compliance en materia penal? *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, (pág. 139-154). Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm7N4032>
- Palomino Ramírez, W. (02 de julio de 2018). *Derecho Penal Económico y DDHH*. Obtenido de Empresa y le penal: Apuntes sobre la evolución de los programas de cumplimiento normativo en materia penal en el Perú.: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/dpenaleconomicoyddhh16/2018/07/02/empresa-y-le-penal-apuntes-sobre-la-evolucion-de-los-programas-de-cumplimiento-normativo-en-materia-penal-en-el-peru/>
- Palomino Ramírez, W. J. (2 de julio de 2008). *Empresa y Ley penal: apuntes sobre la evolución de los programas de cumplimiento normativo en materia penal en el Perú. [Mensaje en un Blog]*. Obtenido de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/dpenaleconomicoyddhh16/2018/07/02/empresa-y-le-penal-apuntes-sobre-la-evolucion-de-los-programas-de-cumplimiento-normativo-en-materia-penal-en-el-peru/>
- Paredes Seminario, R. M. (2018). *Aspectos principales de un programa de cumplimiento de la regulación peruana de libre competencia*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Obtenido de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/12881>
- Prittwitz, C. (2013). La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers. En L. Kuhlen, J. P. Montiel, & I. Ortiz. De Urbina Gimeno, *Compliance y teoría del Derecho penal* (págs. 207-218). Madrid: Marcial Pons.
- Rayón Ballesteras, M. C. (2018). Los programas de cumplimiento penal: origen, regulación, contenido y eficacia en el progreso. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense, LI*, (pág. 198-221).
- Reyna Alfaro, L. (2015). Implementación de los compliances programs y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados. En K. Ambos, D. C. Caro Coria, & E. Malarino, *Lavado de activos y compliances- Perspectiva internacional y derecho comparado*. (Primera ed., págs. 453-475). Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

- Reyna Alfaro, L. (2018). Compliance y Derecho Penal: Is this the end of the world as we know it? Breve introducción a los problemas que plantean la Ley N° 30424 y el Decreto Legislativo N° 1352. En L. Reyna Alfaro, I. Coca Villa, & A. R. Uribe Manríquez, *Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* (Primera ed., págs. 432-457). Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C.
- Reyna Alfaro, L. (2018). La responsabilidad penal del compliance officer: Algunas consideraciones iniciales sobre el nuevo delito de omisión culposa de comunicaciones de operaciones sospechosas en el Código Penal Peruano. En L. Reyna Alfaro, I. Coca Villa, & A. R. Uribe Manríquez, *Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* (Primera ed., págs. 432-457). Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C.
- Robes Planas, R. (2018). El responsable de cumplimiento ("compliance officer") ante el Derecho Penal. En L. M. Reyna Alfaro, I. Coca Villa, & A. R. Uribe Manríquez, *Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* (Primera ed., págs. 358-429). Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C.
- Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. (s.f.). *Portal UIF-Perú*. Obtenido de Portal UIF- Perú: <http://www.sbs.gob.pe/prevencion-de-lavado-activos/resena-de-la-unidad-de-inteligencia-financiera-del-peru>
- Superintendencia de Mercado de Valores. (s.f.). *Superintendencia de Mercado de Valores*. Obtenido de Superintendencia de Mercado de Valores Web site: https://www.smv.gob.pe/Frm_VerArticulo?data=4BF937842B3A0A085D942F2E13337DDFBC24C632B6F12BACB5B8E999596EC99368B9819C22